

UNIVERSITÉ DE LYON — FACULTÉ DE DROIT

LES
NOUVELLES LÉGISLATIONS
IMMOBILIÈRES ET HYPOTHÉCAIRES

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

LÉGISLATION SUISSE DE 1912 - LÉGISLATION FRANÇAISE

LÉGISLATION ALLEMANDE DE 1900 - SYSTÈME TORRENS

LÉGISLATIONS DIVERSES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

PAR

LOUIS BORDEAUX

AVOCAT, ANCIEN BATONNIER



NEUCHÂTEL
DELACHAUX & NIESTLÉ S. A.
ÉDITEURS

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

1917

LES
NOUVELLES LÉGISLATIONS
IMMOBILIÈRES ET HYPOTHÉCAIRES

UNIVERSITÉ DE LYON

FACULTÉ DE DROIT

Professeurs honoraires.

- MM. THALLER, ✱, I. ♂, Professeur à la Faculté de Droit de Paris.
AUDIBERT, ✱, I. ♂, Professeur à la Faculté de Droit de Paris.

Doyen.

- M. JOSSERAND, I. ♂.

Assesseur.

- M. HUVELIN, I. ♂.

Professeurs titulaires.

- MM. GARRAUD, I. ♂, ✱, Correspondant de l'Institut, Professeur de *Droit criminel*.
APPLETON (Charles), ✱, I. ♂, Professeur de *Droit romain*.
COHENDY, O. ✱, I. ♂, ✱, Professeur de *Droit commercial*.
PIC (Paul), I. ♂, Professeur de *Droit international public*.
APPLETON (Jean), I. ✱, ♂, Professeur de *Droit administratif*.
LAMBERT, A. ♂, Professeur d'*Histoire générale du Droit français*.
BOUVIER, I. ♂, Professeur de *Science financière et de Législation française des finances*.
LAMEIRE, I. ♂, Professeur d'*Histoire du Droit public et de Droit administratif*.
JOSSEAND, I. ♂, Professeur de *Droit civil*.
BROUILHET, I. ♂, Professeur d'*Economie politique*.
HUVELIN, I. ♂, Professeur de *Droit romain*.
LÉVY, I. ♂, Professeur de *Droit civil*.
GONNARD, I. ♂, Professeur d'*Histoire des doctrines économiques et d'Economie politique*.
BOUVIER-BANGILLON, I. ♂, Professeur de *Procédure civile*.
PICARD, agrégé, chargé d'un cours de *Droit civil*.
BECQ, I. ♂. Secrétaire.
-

LES
NOUVELLES LÉGISLATIONS
IMMOBILIÈRES ET HYPOTHÉCAIRES

ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ

LÉGISLATION SUISSE DE 1912 - LÉGISLATION FRANÇAISE

LÉGISLATION ALLEMANDE DE 1900 - SYSTÈME TORRENS

LÉGISLATIONS DIVERSES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON



PAR

LOUIS BORDEAUX

AVOCAT, ANCIEN BATONNIER



NEUCHÂTEL
DELACHAUX & NIESTLÉ S. A.
ÉDITEURS

PARIS
LIBRAIRIE DALLOZ
11, RUE SOUFFLOT, 11

1917

BIBLIOGRAPHIE

DROIT ROMAIN

- ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, 4^{me} éd., 2 vol. in-8, Paris 1886-1891.
COLLINET, *Etudes historiques sur le Droit de Justinien*, 1912.
GIRARD, *Manuel de Droit romain*, 5^{me} éd.
GIRARD, *Textes de Droit romain*, 4^{me} éd., 1913.
JHERING, *Esprit du Droit romain*.
— *Opera minora*, trad. de Meulenaere.
KRUEGER et MOMMSEN, *Corpus juris civilis*, 1880-1908.
MAY, *Eléments de Droit romain*, 10^{me} éd., 1909.
PETIT, *Traité élémentaire de Droit romain*, 6^{me} éd., 1909.

DROIT FRANÇAIS

- AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, 8 vol., 4^{me} éd., et 5^{me} éd.
en cours de publication.
BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité de Droit civil*.
BESSON, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, Paris 1891.
BEUDANT (Ch.), *Les sûretés personnelles et réelles*, t. I, Paris 1900.
BOURDOT DE RICHEBOURG, *Coutumier général*, 4 ou 8 vol.
COLMET DE SANTERRE (DEMANTE et), *Cours analytique de Code civil*, 9 vol.
DALLOZ, *Répertoire et supplément*.
— *Répertoire pratique* (en cours de publication).
— *Jurisprudence générale*.
— *Code civil annoté*.
DE LOYNES (BAUDRY-LACANTINERIE et), *Des privilèges et hypothèques*, 3 vol.
DEMANTE (Voir Colmet de Santerre).
DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, 3^{me} vol.
DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*.
ESMEIN, *Cours d'histoire du Droit français*, 9^{me} éd., 1908.
FUZIER-HERMANN, CARPENTIER et FRÈREJOUAN DU SAINT, *Répertoire*.
GARSONNET et BRU (César), *Procédure civile*.
GIDE (Ch.), *Principes d'économie politique*.
GUILLOUARD, *Privilèges et hypothèques* (suite à l'ouvrage de Demolombe).
GUYOT (Yves), *La propriété, origine et évolution*.
HUC, *Commentaire du Code civil*, 14 vol.
LAURENT, *Principes du Droit civil français*, 33 vol.

- LAURIÈRE (Eusèbe de), *Texte des coutumes de la prévôté et vicomté de Paris*, 3 vol., Paris 1778.
- LE PLAY, *Economie sociale*.
- LEVY (E.), *Sur l'idée de transmission de droits*, Paris, Pedone, éd., 1896.
- LOYNE (de), voir De Loyne.
- LOYSEL (Antoine), *Institutes coutumières*, 1646, nouvelle éd., Paris 1846.
- LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit commercial*, 10 vol.
- MAGNIN, *Etude sur la publicité des droits réels immobiliers*, Grenoble 1896.
- MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 17 vol., 1826.
- PELTIER, *Du gage immobilier dans le très ancien Droit français*, 1893.
- PLANIOU, *Traité élémentaire de Droit civil*, 3 vol., Paris 1912.
- PORCHEROT, *De l'abus du droit*, Dijon 1902.
- POTHIER, *Œuvres*, annotées par M. Bugnet, Paris 1862.
- RONDEL, *De la mobilisation du sol en France*, 1888.
- ROUBIER, *De l'abus du droit*, Lyon 1911.
- ROUSSEAU, *Origine des Livres fonciers*, Poitiers.
- SIREY, *Recueil général des lois et arrêts*.
- THALLER, *Traité de Droit commercial*.
- THEZARD, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, 1880.
- VIOLLET (Paul), *Histoire du Droit civil français*, 2^{me} éd., 1893.
- WAHL (A.), *Traité des titres au porteur français et étrangers*.

DROIT SUISSE ET DROIT ALLEMAND

Nota. — Nous avons réuni la bibliographie relative au Droit suisse à celle qui est relative au Droit allemand, parce que, spécialement dans la partie du Droit civil traitée dans cet ouvrage, le Droit suisse présente de nombreuses analogies avec le Droit allemand, et que, par exemple, M. Wieland, dans son ouvrage et dans les bibliographies qu'il présente à propos de chaque question traitée par lui, cite fréquemment les auteurs allemands. L'ouvrage de M. Wieland contient un grand nombre de bibliographies spéciales auxquelles nous renvoyons pour les questions de détail.

- ÆBY (Dr P.), *Le Registre foncier*, petit in-16, Payot & C^{ie}, Lausanne.
- BARLOCHER (Dr Charles), *Répertoire alphabétique du Code civil et du Code des Obligations*, éditions dans les trois langues nationales suisses.
- BAUDAT (Dr Maurice), *L'action révocatoire du Droit suisse*.
- BERDEZ (Dr Charles), *Les bases juridiques et économiques de l'assurance privée*.
- BIERMANN, *Commentaire sur le Code civil allemand*.
- BISE (H.), *De l'hypothèque légale des entrepreneurs et des artisans dans le Code civil suisse*.
- BLONAY (de BLONAY et PIGUET), *Annales de jurisprudence suisse*.
- BOUGAULT, *Législation des chutes d'eau, sources, rivières et cours d'eau non navigables*.

- BOVAY et KUHN, *Ce que tout Suisse doit savoir du Code civil*, petit in-16. Payot, Lausanne.
- BOVAY (voir Wieland).
- *Commentaire de l'ordonnance sur le Registre foncier.*
- BOVAY et PETITMERMET, *Code des constructions pour la Suisse*.
Bulletin sténographique des Chambres fédérales.
- CATTANEO, *Il registro fondiario nel progetto di Codice civile svizzero* (Repertorio di Giurisprudenza Patria, 1902).
- Code civil allemand*. Traduction et commentaire par le Comité de législation étrangère. Imprimerie Nationale.
- Code civil allemand*. Traduction, annotations et introduction par R. de la Grasserie, Paris, Pedone, éd.
- Code civil suisse et Code des Obligations*. Petite édition annotée par V. Rossel, Payot & C^{ie}, éd., Lausanne.
- Code civil suisse*. Exposé des motifs de l'avant-projet et du projet.
- Comité de législation étrangère (voir Code civil allemand).
- COROI, *La théorie de l'abus du droit*.
- COSACK, *Traité de droit commercial*, avec préface de M. Thaller.
- CURTI-FORRER, *Commentaire du Code civil suisse* (trad. Porret). Neuchâtel, Delachaux et Niestlé, éd.
- DERNBURG, *Œuvres*.
- DUBOIS-GIRARD, *Répertoire général des lois suisses*.
Exposé des motifs (voir Code civil suisse).
- FELICE (de), *Le droit de propriété, sa nature et son fondement*.
- FICK, *Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht*.
- FISCHER, *Der Hypothekenbrief im neuen Recht*-Arch. f. bürgerl. R.
- FOSSAT (Jules), *La copropriété familiale*.
- FUCHS, *Grundbuchrecht*.
- GAMPERT (A.), *Du Gage immobilier* (étude sur l'avant-projet).
- *Les bases d'une législation suisse sur les Registres fonciers*.
- GIERKE, *Deutsches Privatrecht*.
- GRASSERIE (de la), voir *Code civil allemand*.
- GUMÉNS (Dr A. de), *De la procédure de collocation en cas de faillite et de saisie*.
- HACHENBURG, *Vorträge über das B. G. B.*, 2^{me} éd., 1900.
- HEUSLER, *Institutionen des deutschen Privatrechts*.
- HOENIGER, *Die Grenzstreitigkeiten nach deutschen bürgerlichen Rechte*, 1901.
- HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*.
- *Die Gestaltung des Wasserrechtes im künftigen schweizerischen Rechte*.
- *Die Eigentümerdienstbarkeit*.
- JEHRING (de), *Œuvres choisies*, trad. de Meulenaere, Paris 1891.
- *Rôle de la volonté dans la possession*, trad., Paris 1891.
- JULLIOT (Ch.-L.), *De la propriété du domaine aérien*.

- KOBER, *Commentaire sur le Code civil allemand*.
KOHLE, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*.
KUHN, voir BOVAY.
LEHR, *Des divers régimes hypothécaires de la Suisse*.
Lois et ordonnances fédérales, traités internationaux, etc., publiés dans le
Recueil officiel fédéral. Messages et rapports publiés dans la *Feuille fédérale*.
MARKUSEN, *Das Grundpfandrecht im schweizerischen Entwurf*.
MARTIN (Alfred), *Observations sur les pouvoirs du Juge dans le C. C. S.*,
Genève 1909.
MENTHA (voir Rossel et Mentha).
Messages du Conseil Fédéral (voir Lois et ordonnances).
PLANCK, *Commentaire sur le Code civil allemand*.
ROSSEL (V.) et MENTHA (F.-H.), *Manuel de Droit civil suisse*, 3 vol., Payot
& C^{ie}, Lausanne.
ROSSEL (V.), *Manuel de Droit civil de la Suisse romande* (ancien droit), 1 vol.
Georg, Genève.
— *Code civil suisse et Code des Obligations*, Payot & C^{ie}, éd., Lausanne.
SEELER (v.), *Das Miteigentum nach deutschen bürgerlichen Rechte*, 1899.
TERLINDEN, *Le nouveau Code civil suisse*. Discours prononcé à la Cour de
Cassation de Belgique.
WIELAND (traduction BOVAY), *Les droits réels*, 2 vol., 1913-1914, Paris, Giard
et Brière.

DIVERS

- ALEXANDRESCO, *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, 1898.
BRUCHET (Max), *Notice sur l'ancien cadastre de Savoie*. Abry, éd., Annecy.
CORREVON (Edouard), *L'Act Torrens et son rôle dans la législation foncière*.
Rouge, éd., Lausanne.
DAIN (A), *Le système Torrens. De son application en Tunisie et en Algérie*.
Alger 1885.
DARESTE, *Lois suédoises sur le régime hypothécaire et la propriété*. Annuaire
de législation comparée, 1875.
LEHR, *Eléments de Droit civil anglais*.
MAXWELL (W.-E.), *Exposé théorique et pratique du système Torrens*. Trad. R.
de France-de Tersant, Alger 1889.
ORTLIEB, *Etude sur le Livre foncier en Autriche*. Bulletin de lég. comp. 1875.
PARETO, *Cours d'Economie politique*, Lausanne.
TORRENS (sir Robert), *An Essay on the transfer of Land*, Melbourne 1875.

NOTE SUR LES ABRÉVIATIONS. Le Code civil français est désigné par les lettres C.C.F. Le Code civil suisse par les lettres C.C.S. Le Code civil allemand par les lettres C.C.A. Le Code suisse des Obligations par C. O.

Les références de jurisprudence dont la forme est celle-ci : D. 95, 1. 293, ou S. 74. 2. 162 se réfèrent aux recueils de jurisprudence de Dalloz et de Sirey, année, partie, page.

INTRODUCTION

1. C'est une vérité démontrée par l'Histoire, et admise par les juriconsultes actuels, que la codification des lois civiles dans un Etat n'empêche nullement le Droit d'évoluer. La codification marque tout au plus un temps d'arrêt, une étape, après quoi de nouvelles mœurs, de nouveaux besoins économiques, de nouvelles notions juridiques rendent nécessaire une nouvelle évolution de la législation.

2. Cependant, comme un Code civil représente, sous une forme résumée, les diverses conceptions juridiques d'une époque dans une Nation, et comme, en général, les conceptions juridiques évoluent d'une manière sensiblement parallèle dans les divers Etats civilisés, tout au moins dans ceux dont la formation juridique a été commune, il y a grand intérêt à comparer un nouveau Code avec les Codes plus anciens, de manière à rechercher dans quel sens tendent à évoluer les diverses institutions juridiques.

3. L'étude du nouveau Code civil suisse est intéressante à ce point de vue, spécialement dans la partie relative au régime des immeubles, et aux sûretés réelles immobilières.

4. En apparence, le régime institué par le nouveau Code suisse pour les immeubles ne paraît pas bouleverser les notions habituelles du droit immobilier, tel que l'avait fixé le Code Napoléon, à la suite de la Révolution. Et il semblait, en effet, que le régime de la propriété immobilière fût fixé définitivement depuis que l'abolition du régime féodal avait restitué à cette propriété, dans presque tous les Etats, le caractère de plénitude et de liberté qu'elle avait à l'origine de l'Histoire romaine et, ensuite, à l'époque de Justinien.

5. Ce n'est peut-être là qu'une apparence, et il est possible que nous

assissions à une lente et profonde modification du régime de la propriété immobilière. Sans doute il n'est pas question de revenir aux notions du passé, abolies depuis plus d'un siècle. Mais il ne faut pas oublier la tendance singulière du Droit, notamment en France (1), à s'écarter des idées du XVIII^{me} siècle qui avaient passé dans le Code Napoléon, et même à prendre une direction opposée à ces idées. La tendance à l'individualisme, qui avait amené la destruction des anciens corps et associations de tous genres, a fait place à une tendance contraire vers le groupement collectif. La même tendance individualiste avait amené le régime immobilier nouveau, basé sur les principes de liberté et d'égalité de la propriété. La tendance contraire n'aboutira-t-elle pas à changer ce régime ? Sans doute, nous ne découvrons, dans le Code suisse, aucune expression précise qui bouleverse la notion de propriété immobilière, telle qu'elle figure dans le Code Napoléon. Mais il nous semble que la tendance du Droit est de diminuer le pouvoir absolu du propriétaire sur sa propriété, de faciliter la circulation des immeubles en leur enlevant ce caractère de fixité juridique qu'ils avaient dans l'ancienne notion, enfin et surtout de mieux séparer le droit immatériel de propriété de son objet matériel.

6. Sans doute, le droit de propriété est un droit immatériel comme les autres. Cependant, dans le régime de la libre propriété, ce droit s'incorpore dans son objet matériel, à tel point que les jurisconsultes romains (2) divisaient les choses, envisagées au point de vue de leurs rapports juridiques avec les hommes, en *res corporales* et *res incorporales*, séparant ainsi le droit de propriété des autres droits, et l'identifiant avec son objet, comme le fait encore le langage usuel qui dit « ma maison », et même « ma propriété ».

Le langage féodal ne s'y trompait pas, et le mot de « fief » évoquait non seulement une idée matérielle, mais tout un ensemble de rapports juridiques immatériels.

7. Nous croyons que, peu à peu, la notion du droit de propriété tend à séparer plus visiblement le droit immatériel de son objet matériel. L'évolution se fait sous une forme d'apparence bénigne, dans laquelle nous ne discernons à première vue que des mesures de publicité et des modes de preuves formalistes. Examinons de plus près la loi française inappliquée de l'an III sur les cédules hypothécaires, la loi française du 23 mars 1855 sur la transcription, et surtout l'organisation allemande et suisse du Livre et du Registre foncier.

(1) Voir Planiol. *Droit Civil*. T. I, n° 117.

(2) Gaius, Inst. 2, 12-14. — Justinien, Inst. 2, 2. *De re incorp.*

8. En apparence, il n'y a là que des facilités données aux intéressés pour exercer leur droit de propriétaire ou leurs droits contre le propriétaire.

Mais, en regardant de plus près, nous voyons d'abord l'autorité publique intervenir dans ces diverses organisations pour leur donner sa consécration, ou, pour employer, sans y insister, un terme féodal, son investiture. De plus, le droit de propriété sera établi en justice au moyen de ces organisations, notamment au moyen des livres fonciers garantis par l'autorité publique, au lieu d'être établi au moyen des vieux modes de preuve que l'on peut qualifier de matériels : preuve de l'occupation ou de l'usucapion ⁽¹⁾. Il sera désormais établi plus facilement, et par des modes de preuve moins directement rattachés à son objet matériel. En outre, le droit de propriété, plus facile à prouver, deviendra plus facilement transmissible, et circulera davantage. Et, surtout, le droit de propriété pourra facilement être morcelé et mis en circulation, par l'emploi, devenu très pratique et très sûr, des diverses manières d'utiliser le crédit immobilier.

9. Ces divers aboutissements de la tendance actuelle : dissociation du droit de propriété d'avec son objet, intervention de l'autorité dans la rédaction du mode de preuve, circulation plus facile des immeubles, emploi intensif du crédit immobilier, dissémination de ce crédit, tout cela peut permettre d'entrevoir des conséquences économiques importantes.

Cette question de la « mobilisation du sol » a préoccupé à juste titre les économistes. C'est peut-être parce que la fortune immobilière était gênée par les difficultés et les lenteurs des mutations, par la difficulté et l'incertitude des preuves, par la complication du mécanisme d'utilisation du crédit immobilier, qu'elle a diminué d'importance, à tel point que, seule considérée autrefois comme véritable valeur économique (*res mobilis, res vilis*) elle a aujourd'hui dans la fortune mobilière une rivale, presque une égale. Cette importance croissante de la fortune mobilière provient sans doute du développement économique du commerce et de l'industrie; elle provient en outre de la facilité donnée à la circulation du capital mobilier au moyen de la monnaie, des billets de banque, des lettres de change, au moyen encore des warrants, nantissement des fonds de commerce, transmissions par endossement des récépissés, des lettres de voiture, des connaissements, au moyen aussi des chèques, des actions et obligations, des chambres de compensation.

(1) Cf. Planiol. I, n° 2451. Cf. Levy. *Sur l'idée de transmission de droits* (à propos de la preuve de la propriété immobilière).

10. La circulation plus facile de la fortune immobilière est-elle utile, au point de vue économique et social ? Il est naturel de voir Le Play et son école répondre par la négative. D'après lui, la meilleure utilisation du sol sera obtenue, non par une circulation plus rapide, mais « par une « union indissoluble entre les domaines ruraux et les familles, qui, seule, « perpétue des races de paysans sobres et énergiques, rompus au travail « et à l'épargne et imbus de l'esprit national (1). » La tendance à la mobilisation du sol est, au contraire, approuvée par Rondel (2), par Pareto (3). Suivant le premier : « La richesse qui passe d'une personne à une autre « acquiert à chaque instant une vie nouvelle. » D'après le second : « Il « est très important que les capitaux fonciers, mobiliers et personnels « se combinent pour l'utilité de la société. La mobilisation des capitaux « fonciers peut avoir pour effet de diminuer le monopole qu'ils exer- « cent. »

11. Il est naturel que les communistes, ainsi que Paul Lafargue, voient un avantage à la suppression ou au relâchement du lien existant entre l'individu et la terre. Comme le dit Paul Lafargue : « Le lien intime « entre le sol et celui qui l'habite, un des signes caractéristiques de la « propriété capitaliste, est en train de disparaître. La propriété, en deve- « nant impersonnelle, prépare le communisme. » Pour beaucoup d'autres, le terme naturel de l'évolution actuelle de la propriété foncière est la nationalisation du sol (4).

M. Yves Guyot (5) considère, lui aussi, comme un bien la circulation rapide des immeubles, parce que tout acheteur a pour but de mieux utiliser l'immeuble, et fait certaines transformations, dont quelques-unes sont profitables; en outre la facilité des transports rend les demandes d'acquisitions plus nombreuses, et fait augmenter dès lors la valeur des immeubles. « La révolution a affranchi la propriété des liens féodaux; « son œuvre doit continuer en assurant la sécurité des titres et la facilité « de leur circulation. »

12. Sans considérer comme prochaine la nationalisation du sol, il est possible d'entrevoir l'époque où de grands domaines seront exploités industriellement par des sociétés, pendant que le droit de propriété, morcelé sous forme de parts ou d'actions, circulera dans le public sous cette

(1) Le Play. *Economie Sociale*. — Cf. Correvon. *L'Act Torrens*. Lausanne 1899, p. 80 et ss.

(2) Rondel. *De la mobilisation du sol en France*. Paris, 1888.

(3) Pareto. *Cours d'Economie Politique*. — Lausanne. Page 391.

(4) Correvon. *L'Act Torrens*. Lausanne, p. 83. C'est à cet ouvrage que nous empruntons nos citations. — Rondel : *De la mobilisation du sol en France*. Paris, 1888, p. 243.

(5) Yves Guyot. *Réfutation de la thèse communiste de Paul Lafargue*.

forme. C'est ce qui existe actuellement pour beaucoup de mines, qui sont des immeubles matériels.

13. Une telle transformation est-elle désirable ? Nous nous gardons de donner ici une opinion générale sur cette question qui touche à l'ordre social. En nous plaçant, non pas en présence d'un avenir hypothétique, mais en face de la situation sociale, juridique, et économique actuelle, nous croyons que toutes facilités doivent être données à la circulation des immeubles et à l'utilisation facile du crédit immobilier, mais en laissant à tout propriétaire la liberté d'user ou non de ces facilités. Ainsi, nous verrons deux formes de propriété : d'un côté celle qui constitue un lien moral entre le propriétaire et son bien, qui contribue à rendre stable la famille, comme le désire Le Play, et d'autre part celle qui a pour but d'utiliser des immeubles dans l'unique but de leur faire produire de la richesse (exploitations agricoles en grand, sociétés immobilières urbaines). La première forme pourrait être appelée propriété familiale, et la deuxième propriété d'exploitation. Toutes deux sont utiles au point de vue social et au point de vue économique. Les législations des divers pays s'en sont bien rendu compte, quand, d'un côté, elles prennent diverses mesures pour faciliter la circulation des immeubles et l'utilisation du crédit immobilier, et que, par contre, elles protègent ou cherchent à protéger la propriété familiale par certaines institutions telles que l'organisation française, malheureusement peu utilisée, du Bien de famille insaisissable, et l'organisation suisse des Biens de famille.

14. Le Code civil suisse, à la fois hardi et prudent, paraît avoir bien résolu le problème de la propriété immobilière, tel qu'il se pose en pratique à notre époque actuelle, et alors qu'il était particulièrement difficile à résoudre dans un pays où la nature a donné au sol une configuration si variée que la propriété immobilière y revêt naturellement toutes les formes.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

SECTION I.

Composition et plan de l'ouvrage.

15. Le but de cet ouvrage est principalement de comparer la nouvelle législation immobilière suisse avec la législation française.

Deux méthodes, au moins, pouvaient être employées; la première consistait à analyser chaque détail de la législation suisse, faire de même pour la législation française, et, au moyen de fiches résumant les deux législations séparément et classées par ordre de matières, obtenir le travail comparatif. La deuxième méthode consistait à prendre un traité de droit immobilier suisse, à le suivre pas à pas, et à comparer chaque institution avec ce que notre législation française présente d'analogue. C'est cette seconde méthode qui a été employée. Les ouvrages guides ont été le *Manuel de Droit civil suisse* de MM. Rossel et Mentha ⁽¹⁾, et, pour les matières qui demandaient un développement plus considérable, l'ouvrage de M. Wieland, sur les Droits réels en Suisse ⁽²⁾. Ces deux ouvrages suivent eux-mêmes, en général, l'ordre du Code civil suisse. A cet égard, nous avons dû parfois nous écarter de cet ordre. En effet, pour le lecteur français, une étude du régime hypothécaire ne pouvait être faite utilement sans une étude préalable de l'institution du Registre foncier, ce qui intervertit l'ordre du Code. Il a paru nécessaire, pour compléter l'étude du régime immobilier, d'analyser la vente immobilière en Suisse, comme étant le plus important des contrats relatifs aux immeubles, alors qu'elle figure, en Suisse, dans le Code des obligations. Une étude sommaire du « Bien de famille » a paru nécessaire, alors que cette institution se trouve dans la partie du Code qui traite du droit des personnes.

16. En résumé l'ouvrage se compose de trois parties :

1^o Le Régime immobilier, avec un chapitre sur la vente des immeubles, et un chapitre sur les « biens de famille ».

(1) Rossel et Mentha. *Manuel de Droit civil suisse*. Payot, éd., à Lausanne.

(2) Wieland. *Les droits réels dans le Code civil suisse*, traduction de M. H. Bovay, préface de M. Guillaud. Paris. Giard et Brière, éd.

2^o Le Registre foncier.

3^o Le Régime hypothécaire.

17. C'est volontairement que, pour la troisième partie, comme du reste pour le titre général de l'ouvrage, nous avons employé le mot « hypothécaire », qui paraîtra peut-être mal choisi aux juristes suisses. En effet, le Code suisse emploie le mot « hypothèque » dans un sens restreint, et a adopté le mot « gage immobilier » pour désigner les sûretés réelles immobilières n'entraînant pas dessaisissement immédiat. Nous critiquerons, au début de la 3^{me} partie, l'emploi du mot « gage immobilier ». Pour le moment, nous nous bornons à indiquer que nous employons, dans notre titre, le mot hypothèque dans le sens qu'il a dans la langue juridique française, c'est-à-dire précisément dans le sens de « sûreté réelle immobilière sans dessaisissement immédiat », c'est-à-dire enfin dans le sens où le Code suisse emploie l'expression de « gage immobilier ».

18. Une introduction sommaire sur l'histoire du Code civil suisse, résumée d'après l'ouvrage de MM. Rossel et Mentha, et quelques pages de conclusions, contenant certaines remarques inspirées au lecteur français par le Code civil suisse, complètent l'ouvrage.

19. Il était indispensable d'analyser, pour tous les points importants, les dispositions du Code civil allemand, en même temps que celles du Code suisse. En effet, d'un côté, le Code civil allemand a inspiré fréquemment le législateur suisse. D'un autre côté, l'œuvre législative allemande a marqué une étape juridique trop importante pour qu'il fût possible de ne pas la mentionner. Enfin, une comparaison du Code allemand, souvent trop théorique, avec le Code suisse, beaucoup plus clair et plus pratique, était fort intéressante.

Sur beaucoup de points, la comparaison des législations française et suisse avec la législation allemande a dû être particulièrement détaillée. Il doit cependant être bien entendu, une fois pour toutes, que ce n'est qu'occasionnellement qu'intervient l'étude du Droit allemand, et que l'ouvrage est, en principe, une étude comparée du Droit français et du Droit suisse seulement (1).

20. A plusieurs reprises, il a paru intéressant de rappeler sommairement certaines règles d'autres législations : anglaise, australienne, belge, autrichienne, japonaise, roumaine, sarde. Ce ne sont là que des remarques incidentes, sauf en ce qui concerne l'institution australienne de l'Act

(1) Pour ce motif, nous ne citerons pas en note les articles du Code civil allemand. Nous évitons ainsi de surcharger le volume

de notes. Les traductions du code allemand peuvent, du reste, être trouvées facilement chez leurs éditeurs français et suisses.

Torrens, et l'institution sarde de l'ancien cadastre de Savoie, qu'il était nécessaire de comparer, avec quelques détails, à l'institution du Registre foncier suisse.

21. S'il nous est arrivé, et même fréquemment, d'élever des critiques à l'adresse de certaines règles du Code suisse, nous espérons que les juriconsultes de ce pays et les auteurs du Code ne les prendront pas en mauvaise part, et qu'ils sauront voir à travers tout l'ouvrage que le Code civil suisse y est considéré comme un monument législatif d'une remarquable clarté, et rempli de sens pratique, alors que la diversité des coutumes, des législations cantonales, et les aspects physiques variés du pays, entraînant des conditions économiques et sociales également variées, rendaient sa construction particulièrement difficile.

SECTION II.

Résumé de l'histoire de la codification du droit civil suisse ⁽¹⁾.

22. Pour arriver à la codification des lois civiles dans un pays tel que la Confédération suisse, composé de nombreux petits Etats ayant chacun sa législation propre, il fallait, avant tout, préparer le travail par un résumé historique des diverses sources du droit cantonal. C'est ce que fit M. le professeur Eugène Huber, le principal auteur de la codification, dans le *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*.

23. Quelques cantons avaient codifié leur Droit civil. D'autres s'étaient contentés de promulguer des lois fragmentaires; ce fut le cas pour les cantons d'Uri, Schwytz, Obwald ⁽²⁾, Appenzell, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Saint-Gall.

24. Les cantons qui avaient procédé à la codification, tout en faisant œuvre originale adaptée aux traditions locales, s'étaient cependant inspirés, les uns du Code français, les autres du Code autrichien, sauf toutefois Zurich et les cantons voisins, où les traditions locales avaient

(1) Voir le *Manuel de Droit civil suisse*, de MM. Rossel et Mentha. Payot, éd., Lausanne. Introduction.

(2) Certains cantons sont divisés en demi-cantons aux termes de la constitution fédérale promulguée le 12 septembre 1848. Ce sont : Unterwald (le Haut et le Bas ;

Obwald et Nidwald), Bâle (ville et campagne), Appenzell (Rhodes intérieures et extérieures). Le canton de Berne, qui n'est pas fractionné constitutionnellement, a gardé cependant deux législations distinctes, comme nous le voyons ci-dessus, n° 25, jusqu'à la promulgation du Code civil suisse.

fourni les éléments d'une codification absolument originale. Le droit civil prussien n'avait pas exercé d'influence appréciable.

25. L'influence de la législation française fut dominante dans les cantons de Genève, Vaud, Neuchâtel, Fribourg, Valais, Tessin (dans ce canton, l'influence de la législation française se combinait avec celle de la législation autrichienne), et enfin dans les sept districts du Jura bernois, où, malgré la promesse d'unification faite par la Constitution bernoise de 1846, la législation civile d'influence française subsista.

26. Le Code civil autrichien exerça son influence dans les cantons de Berne, Lucerne, Soleure, Argovie.

27. Enfin le droit original de Zurich inspira les codes plus ou moins complets des cantons des Grisons, Schaffhouse, Zoug, Glaris, Nidwald, Thurgovie.

28. En ce qui concerne le régime hypothécaire, les diverses législations cantonales présentaient une grande diversité. M. Huber a distingué près de soixante espèces de gages immobiliers. MM. Rossel et Mentha ⁽¹⁾ ramènent les idées génératrices à deux, dont la combinaison a produit un troisième type important.

29. Tout d'abord, nous trouvons la vieille institution de la rente foncière ⁽²⁾, qui avait été en si grande faveur au moyen âge comme moyen de placement, mais qui, en Droit français, avait dégénéré en perdant son caractère immobilier. Sous la forme de *gült* ou lettre de rente, elle se conserva dans la Suisse centrale et dans les deux parties du canton d'Appenzell. Les codes de Berne, Fribourg et Vaud la connaissaient encore, mais elle était pratiquement tombée en désuétude dans ces cantons. Nous retrouvons dans le Code civil suisse cette vieille institution qui, par une singulière fortune, a pu être modernisée et adaptée aux besoins économiques actuels.

30. Nous trouvons ensuite l'hypothèque du droit commun, qui, dès le XIII^{me} siècle, remplaça le gage en propriété, d'abord sous le nom d'*obligatio bonorum*, ensuite, au XVI^{me} siècle, sous son nom romain d'hypothèque ⁽³⁾. Cette sorte de sûreté réelle immobilière dominait dans la Suisse occidentale, de Bâle au Tessin. La notion de « l'hypothèque sur soi-même », admise par la tendance moderne, ne fut acceptée que par Genève, où la loi du 31 janvier 1851 sur les prêts hypothécaires par action permet d'employer la forme d'actions au porteur qui peuvent donc rester entre les mains du constituant. Elle fut rejetée notamment

(1) Rossel et Mentha I, pp. 36 ss.

(2) Voir Planiol I, n^{os} 2996 ss.

(3) Voir Planiol II, n^{os} 2673 ss.

par les cantons de Bâle-Ville et de Vaud, où cependant l'organisation du Registre foncier aurait facilement permis de lui faire accueil.

31. Enfin, dans certains cantons, notamment à Zurich, nous trouvons la forme intermédiaire de la cédula hypothécaire, ou *Schuldbrief*, avec laquelle la créance personnelle subsiste, mais « où le droit du créancier « s'incorpore en un titre dont le transfert est soumis aux règles concernant les meubles corporels (1) ».

32. Le Code civil suisse a admis ces trois formes, sous les noms d'hypothèque, cédula hypothécaire et lettre de rente. Il a admis l'idée, pouvant être, du reste, écartée par la convention des parties, de la *case fixe*, d'après laquelle l'extinction d'un gage de rang préférable profite au propriétaire qui peut user de la case libre, et ne profite pas, en principe, aux créanciers de rang postérieur.

33. La diversité de législation des divers cantons de la Suisse s'expliquait sans peine par l'histoire même de ce pays. Mais le développement de cette histoire au XIX^{me} siècle a nécessairement amené les Suisses à l'idée de centralisation croissante des grands services publics, en mettant au-dessus des cantons, trop petits et trop faibles isolément, un pouvoir central fort et capable d'action. Cette œuvre fut facilitée par la paix extérieure dont a joui la Suisse depuis 1815, non cependant sans passer par de cruels soucis et de rudes épreuves pendant la guerre de 1914. La tranquillité intérieure ne fut pas, jusqu'à présent, sérieusement troublée depuis la guerre civile du *Sonderbund* qui ne dura que quelques jours (10-29 nov. 1847), et l'organisation centrale de la Confédération put dès lors être fixée par la Constitution de 1848.

34. Il semble qu'il y ait actuellement, en Suisse, deux tendances : l'une qui cherche à poursuivre l'œuvre de centralisation, l'autre qui cherche à conserver l'autonomie des cantons. L'étranger n'a pas à prendre parti dans ce débat. Il est cependant permis d'exprimer la pensée que, si la notion, conforme au développement de l'histoire suisse, que l'indépendance des cantons est un bien précieux à conserver, cependant les besoins économiques, militaires, diplomatiques, devaient nécessairement amener une centralisation des grands services qui répondent à ces besoins. Notamment, avec la rapidité actuelle des communications, qui facilite les rapports économiques des citoyens des divers cantons, la rédaction d'un code civil (Code civil proprement dit et Code des obligations) unique pour toute la Suisse, s'imposait, à la condition de heurter le moins possible les coutumes des cantons.

(1) Rossel et Mentha, I, p. 38.

35. L'idée d'une « rédaction d'un Code civil général pour toute la République » était déjà officiellement exprimée dans l'art. 48 de la Constitution helvétique du 12 avril 1798, qui suivit l'invasion de la Suisse par l'armée française, à la suite de la tentative de médiation de la France en faveur du pays de Vaud. Un avant-projet, relatif au droit des personnes, fut même rédigé, sous forme fragmentaire et fut, le 9 septembre 1801, « déposé aux archives comme n'appelant pour le moment aucune décision spéciale ». Comme l'ajoutent MM. Rossel et Mentha ⁽¹⁾ : « les archives étant un pays d'où l'on ne revient guère, un demi-siècle s'écoula « sans qu'on songeât même à reprendre l'initiative prématurée des années « 1798 à 1801. »

36. Un essai de codification du droit commercial n'aboutit pas davantage ⁽²⁾, lors de la révision constitutionnelle (loi du 12 septembre 1848).

37. En 1866 et 1868, la Société des juristes demanda aux autorités fédérales, d'abord l'unification du droit commercial, ensuite la codification intégrale du droit civil. Cette idée ne fut acceptée que sous une forme fragmentaire par la Constitution fédérale du 29 mai 1874 qui donna compétence législative au pouvoir central en matière de capacité civile, état-civil, mariage, dans la matière si étendue des obligations (transactions mobilières, droit commercial, droit de change), en matière de poursuite pour dettes et faillites. De là sortirent les importantes lois fédérales du 24 décembre 1874 sur l'état-civil et le mariage, le Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 (révisé le 30 mars 1911, notamment pour le mettre en concordance avec le Code civil) la loi fédérale du 29 juin 1881 sur la capacité civile, la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (révisée, pour le même motif, par l'art. 58 du Titre final du Code civil, ancien article 60 du Titre final du Code des obligations du 30 mars 1911), et d'autres lois moins importantes.

38. En 1883 la Société des Juristes suisses reprit son idée, et M. le professeur Eugène Huber, chargé d'entreprendre une étude comparée des législations civiles des divers Etats de la Suisse, rédigea son *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*. En 1892, le Département fédéral de Justice et Police (Ministère de la Justice de la Confédération) chargea le même jurisconsulte de préparer un avant-projet de Code civil. Le 13 novembre 1898, à la suite d'un referendum ⁽³⁾, l'art. 64 de la Cons-

(1) Rossel et Mentha, I, p. 39. Cf. Rossel : *Le premier essai d'une codification du droit civil suisse*, in-8°, Berne, 1908.

(2) Walther Munzinger, trad. Marc Du-

fraisie. *Motifs du projet de Code de commerce suisse*. Zurich, 1865.

(3) 264,914 oui, 101,762 non. — 15 cantons et 3 demi-cantons contre 4 cantons et 3 demi-cantons.

titution fédérale fut ainsi complété : « La Confédération a le droit de « légiférer aussi sur les autres matières du droit civil. »

M. Huber, chargé, comme nous l'avons vu, de préparer un avant-projet, avait commencé, très prudemment, par faire envoyer aux cantons un questionnaire qui provoqua de nombreux mémoires, rapports et observations. L'avant-projet, ainsi préparé, fut élaboré par plusieurs commissions, dont les membres jouèrent ainsi, en Suisse, un rôle historique analogue à celui des jurisconsultes français qui, sous l'autorité de Bonaparte, Premier Consul, rédigèrent le projet du Code civil français : Tronchet, Portalis, Bigot du Préameneu ⁽¹⁾, Malleville. Les principaux membres de ces commissions qui, à travers mille difficultés provenant de la diversité des législations à unifier, réussirent à achever leur œuvre, sont MM. Eugène Huber, Boivin, directeur de la Banque foncière à Bâle, L. Bridel, professeur à Genève, Brenner, conseiller fédéral, Gobat, conseiller d'Etat à Berne, Hafner, juge fédéral, Honegger, président de la Cour d'appel de Zurich, F.-H. Mentha, professeur de droit à l'Académie de Neuchâtel, Muller, conseiller fédéral, Reichel, chef du service fédéral de législation qui succéda aux D^{rs} L. Weber et de Salis, V. Rossel, professeur de droit à l'université de Berne, actuellement juge fédéral ⁽²⁾, D^r F. Schreiber, à Arth.

39. L'avant-projet parut le 15 novembre 1900, sous le titre de : « Code civil suisse, avant-projet du Département fédéral de Justice et Police. »

Pour examiner à nouveau cet avant-projet, le Département nomma une grande commission présidée successivement par MM. Comtesse et Brenner ⁽³⁾. Un exposé des motifs fut rédigé par M. Huber. En outre, les Procès-verbaux de la commission furent mis à l'impression.

De là sortit le nouveau projet du Conseil fédéral ⁽⁴⁾ du 28 mai 1904.

Le Parlement suisse (Conseil national et Conseil des Etats) délibéra de 1904 à 1907.

40. Le Code fut décrété par les deux Assemblées législatives le 10 décembre 1907, et promulgué par le Conseil fédéral le 12 décembre 1907.

(1) Orthographe admise par Planiol, I, n° 75, note 2.

(2) Le nom de M. Virgile Rossel, qui, avec M. F.-H. Mentha, est l'un des auteurs du Manuel de Droit civil suisse, souvent cité et suivi par nous, est, en outre, bien connu en Suisse et en France pour son œuvre littéraire et historique.

(3) Pour la Suisse romande, nous relevons notamment les noms suivants : MM. Ber-

toni, avocat à Lugano, Decoppet, conseiller d'Etat à Lausanne, de Félice, professeur de Droit à Lausanne, Gampert, notaire à Genève, Gottofrey, depuis juge fédéral, Lorétan, président du Tribunal à Louèche, A. Martin, professeur de Droit, à Genève, D. Paschoud, directeur du Crédit foncier vaudois.

(4) Pouvoir exécutif de la Confédération.

Le tout fut publié dans la *Feuille fédérale* du 21 décembre 1907. Le délai de 3 mois, pendant lequel un referendum populaire pouvait être demandé, expira le 20 mars 1908 sans que le referendum fût réclamé. Le Code entra en vigueur, aux termes de l'art. 61 du Titre final, le 1^{er} janvier 1912, sous réserve des dispositions transitoires (voir le titre final), qui sont relatives, notamment, à l'introduction du Registre foncier dans chaque canton ⁽¹⁾.

Il est rédigé en trois textes : français, allemand, italien, et il est bien entendu qu'aucun de ces textes n'est une traduction ; chacun est un original ⁽²⁾.

41. Le Code civil suisse a évité, autant que possible, les abstractions. Il en résulte qu'il a pu être rédigé plus brièvement que les Codes français et allemand, où se rencontrent plus nombreuses les notions abstraites. Cependant, joint au Code des obligations, il forme un texte législatif considérable.

42. Au point de vue, qui nous occupe spécialement, du droit immobilier et du droit hypothécaire, le Code suisse présente les caractéristiques suivantes ⁽³⁾ :

1^o Liberté et inviolabilité de la propriété, avec tendance à restreindre le droit absolu du propriétaire dans l'intérêt public ou dans celui des voisins, et à favoriser la restauration de la propriété collective afin, notamment, de permettre une exploitation plus rationnelle du sol.

2^o Un régime souple, pratique, d'organisation du crédit hypothécaire et de mobilisation de la propriété et du crédit immobiliers.

3^o L'introduction du Registre foncier.

43. Quand on songe à la divergence profonde des races, des langues, des traditions et des législations des diverses parties de la Suisse, on ne peut manquer d'admirer profondément cette œuvre qui a su se faire accepter de tous. Mais il faut également admirer l'abnégation avec laquelle chacun sut faire à la cause commune le sacrifice de toute une part de son passé, de ses traditions et de ses lois. Comme nous l'écrivait un Suisse romand qui joua un rôle important dans son pays :

« C'est tout un passé qui disparaît en emportant avec lui le plus clair de notre souveraineté cantonale. Certes, nous le regrettons et le

(1) Voir Titre final, notamment art. 23 et 48.

(2) Rossel et Mentha, I, p. 46 et 47. — Voir cependant le titre de l'arrêté du Conseil fédéral du 7 avril 1911 rectifiant des « erreurs de traduction du texte français », et la

note de M. V. Rossel à ce sujet, dans la petite édition du Code, Payot, éd., Lausanne. — Cf. Rossel et Mentha. *Droit civil*, II, p. 439, note 1.

(3) Cf. Rossel et Mentha, I, p. 50.

« pleurons, mais nous en faisons le patriotique sacrifice en vue du plus grand bien matériel qui devra en résulter pour le pays tout entier. Si donc l'idée est centralisée par le Code, le fédéralisme reste maître dans la distribution de la justice et l'exécution des arrêts. Jusques à quand ? Espérons que Dieu donnera la sagesse à nos descendants. »

44. Il est vrai que l'art. 1 (1) du Code civil suisse indique le droit coutumier comme droit supplétif, à défaut d'une disposition légale applicable. C'est permettre au Tribunal fédéral d'éviter une unification exagérée de la jurisprudence, en s'appuyant sur le Code lui-même pour approuver diverses applications différentes d'un même texte de loi.

La partie du Code civil suisse relative aux droits réels, et l'Ordonnance du Conseil fédéral sur le Registre foncier n'ont pas été modifiées jusqu'à la date actuelle, octobre 1916.

Le Code civil fut complété dans les divers cantons, dans les limites où le pouvoir législatif avait été conservé aux cantons en matière de Droit civil, ou avait été délégué aux cantons par les Chambres fédérales, au moyen des lois cantonales d'introduction.

Citons, pour la Suisse romande, notamment la loi d'application du 22 novembre 1911 pour le canton de Fribourg, la loi d'introduction du 30 novembre 1910 pour le canton de Vaud, ainsi que la loi vaudoise sur le Code rural du 22 novembre 1911. Citons encore la loi vaudoise sur le Registre foncier du 24 août 1911, suivie du règlement sur le Registre foncier du 16 décembre 1911, et aussi la loi vaudoise du 28 août 1912 sur les remaniements parcellaires et les rectifications des limites des terrains à bâtir (2).

(1) C.C.S., art. 1 : « La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.

A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur.

Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence. »

(2) Nous devons ces renseignements et plusieurs autres à l'obligeance de M. A. Girardet, docteur en droit, avocat à Lausanne.

Une étude complète du droit cantonal pos-

térieur à la promulgation du Code civil dépasserait le cadre de cet ouvrage. Cette étude serait déjà possible, sous la forme d'une comparaison entre les lois d'introduction dans les divers cantons.

Un travail sur l'état d'avancement, le fonctionnement du Registre foncier, la faveur plus ou moins grande dont il jouit dans chaque canton, la préférence donnée à chacune des trois formes de gage immobilier, pour tel ou tel genre d'opération et dans tel ou tel canton, serait aussi fort intéressant.

Souhaitons que ces divers sujets d'étude tentent prochainement un jurisconsulte suisse.

PREMIÈRE PARTIE

RÉGIME IMMOBILIER SUISSE

CHAPITRE PREMIER

LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE

SECTION I. — Notions générales.

§ 1. Définition de la propriété.

45. Le Code civil suisse ne donne pas une définition théorique du droit de propriété. Au contraire, cette définition se trouve dans l'art. 544 du Code civil français, suivi en cela par les anciens codes des cantons de la Suisse romande ⁽¹⁾. La définition du Code français est simple : « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. » Ce droit absolu caractérise la propriété moderne et rappelle la définition donnée, incidemment, par les Institutes de Justinien ⁽²⁾ : *plena in re potestas*.

46. Le Code civil suisse, dans son article 641 ⁽³⁾, se borne à indiquer quels sont les droits du propriétaire. Le Code allemand présente, dans son article 903 une disposition analogue :

« Le propriétaire d'une chose peut, sauf disposition contraire de la loi, et sauf l'effet des droits qui appartiennent aux tiers, se comporter « à l'égard de cette chose comme bon lui semble, et empêcher qu'aucune « autre personne en fasse le moindre usage ⁽⁴⁾. »

47. Il ne faut pas oublier que tout code est destiné à l'usage pratique

(1) Genève, art. 514. — Fribourg, 544. — Neuchâtel, 392. — Tessin, 224. — Vaud, 345. — Valais, 380.

(2) Inst. Just. 2, 4. *De usufr.*, 4.

(3) C.C.S., art 641 : « Le propriétaire d'une chose a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi.

Il peut la revendiquer contre quiconque la détient sans droit et repousser toute usurpation. »

(4) Trad. de l'édition critique du Comité de législation étrangère. Imprimerie Nationale.

du Droit, de telle sorte que définir le droit de propriété, comme le fait le Code français, ou fixer les droits du propriétaire, comme le font les Codes suisse et allemand, revient au même résultat. Tout au plus faut-il constater une interversion de mots, lorsque l'un des textes explique que la propriété est le droit de disposer de la chose de la manière la plus absolue, et que les autres déclarent que le propriétaire peut en disposer librement, ou se comporter à son égard comme bon lui semble.

48. La différence est plus sensible, et dépasse la portée d'une simple différence de rédaction, lorsque le Code français décide que le propriétaire ne doit pas faire de la chose un usage prohibé par les lois ou par les règlements, tandis que le Code suisse dispose qu'il peut en user « dans les limites de la loi » et que le Code allemand réserve « les dispositions contraires de la loi ». Les textes français et allemand présentent le droit de propriété comme illimité sauf exceptions, le texte suisse le présente comme limité dès le principe.

49. Il est probable que ces divergences n'auront pas une grande influence pratique. Il est entendu, en France, comme en Suisse et en Allemagne, que le droit de propriété, absolu en principe, est limité dans ses effets par les dispositions spéciales de la loi, et aussi par les droits des tiers.

En somme, les trois codes fixent d'une manière presque identique l'étendue du droit de propriété.

50. Le texte suisse ne mentionne pas, comme le code allemand, la réserve du droit des tiers. Il n'a abordé cette question, pour la propriété foncière, que plus loin, spécialement dans son art. 684 (1), où il est prescrit que le propriétaire est tenu, dans l'exercice de son droit, spécialement dans ses travaux d'exploitation industrielle, de s'abstenir de tout excès au détriment de la propriété du voisin. Le texte énumère divers exemples : fumées, bruits, etc. D'autres textes, moins généraux, et que nous retrouverons, limitent également le droit de propriété au profit des tiers, mais aucun, pas même l'art. 684, n'est conçu en termes aussi généraux que l'art. 903 du Code civil allemand.

51. L'article 684 C.C.S. se rattache cependant à une disposition très générale du Code suisse, l'art. 2, § 2 (2) qui refuse la protection de la loi à l'abus manifeste d'un droit. Cette disposition n'a pas son corrélatif

(1) Voir ci-dessous, texte de l'art. 684, n° 186, en note.

(2) C.C.S., art. 2 : « Chacun est tenu d'exer-

cer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi.

L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »

dans le Code civil français. Elle sanctionne législativement la thèse célèbre de l'abus du droit (1).

Il eût peut-être été préférable d'insérer dans l'art. 641 C.C.S., ainsi que dans l'art. 644 C.C.F, une réserve du droit des tiers, comme l'a fait le Code allemand, dans son article 903. En pratique, du reste, nous voyons qu'en France, la jurisprudence a toujours su refuser à un propriétaire le droit de nuire à ses voisins d'une manière illicite (2).

52. Les articles 641 C.C.S., 554 C.C.F. et 903 C.C.A. indiquent que le droit de propriété porte seulement sur des « choses », c'est-à-dire sur des objets corporels (3). Le Code suisse a suivi en cela le Code allemand, qui a reproduit la conception du droit romain (4), alors que l'ancienne conception du droit allemand, consacrée par les législations bavaroise et prussienne, confondait la propriété avec le patrimoine, et appliquait le concept de propriété, non seulement aux choses, mais encore à tous autres objets de droits (5). A vrai dire, le Code suisse emploie le mot de propriété dans certains cas où l'objet n'est pas, à proprement parler, corporel, par exemple à propos de droits de superficie (art. 675 C.C.S.), mais il n'en est pas moins probable qu'il a voulu admettre que la propriété doit avoir un objet corporel, car le texte définitif a rejeté l'extension que donnait, à l'origine, un projet de texte introductif, qui étendait la définition aux objets matériellement définis, qui peuvent n'être pas corporels. Ce projet était ainsi conçu :

« Le droit de propriété s'étend aux choses corporelles et aux forces naturelles, en tant qu'elles peuvent être soumises à la puissance de l'homme et qu'elles sont susceptibles d'être *matériellement* et juridique-ment définies (6). »

53. Cependant, le Code suisse, au sujet de la propriété foncière, qui nous intéresse particulièrement, lorsqu'il a voulu préciser l'objet de cette propriété, lui donne pour objet, dans l'art. 655 (7), non seulement les biens-fonds et les mines, mais encore les droits distincts et permanents, sur lesquels nous reviendrons, qui n'ont pas un objet matériel.

Il ne faut pas, du reste, attacher une importance exagérée à cet emploi du mot propriété dans des sens divergents. Le contexte permet toujours de préciser, et de connaître dans quel sens exact le mot est employé.

(1) Voir ci-dessous, n° 51, 223 ss., 239, 290, 572, 1032, 1083, 1217, 1250 ss.

(2) Voir Rép. Fuzier-Hermann. *Propriété*, n° 70 ss.

(3) Wieland, art. 641, n° 2.

(4) Girard. *Droit romain*, p. 254, 5^e éd.

(5) Code civil allemand, édition du Comité de Législation étrangère. Art. 903, note 1, sous le titre.

(6) Exposé des motifs de l'av.-proj. T. III, p. 45. Berne, Buhler & Co, éd.

(7) C.C.A., art. 655.

§ 2. *Objet de la propriété immobilière.*

54. Revenons à l'art. 655, qui indique en premier lieu, comme objet de la propriété foncière, les *biens-fonds*. Ce sont là les immeubles par excellence, qui constituent une portion physique déterminée de la surface terrestre (1). Le Code civil français emploie l'expression plus compliquée d'« immeubles par nature » (art. 517 C.C.F.) subdivisés dans l'art. 518, en fonds de terre et bâtiments. L'expression employée par le Code suisse « biens-fonds », est aussi exacte et plus simple que celles employées par le Code français.

55. L'art. 655 mentionne ensuite « les droits distincts et permanents immatriculés au registre foncier. » Nous nous occuperons plus loin (2) du Registre foncier. L'expression « droits distincts et permanents » demande à être définie; il s'agit avant tout de droits ayant pour support un immeuble proprement dit. Les auteurs (3), conformément, du reste, au Code suisse (voir art. 779 et 780 C.C.S. et Titre final, art. 56) citent le droit de superficie, le droit à une source, les concessions hydrauliques octroyées sur des eaux publiques pour trente ans au moins.

56. Alors qu'à Rome le droit de superficie était envisagé par les jurisconsultes comme un droit réel sur la chose d'autrui, en France il est considéré comme un droit de propriété *sui generis* (4), notion qui a été suivie par le législateur suisse. Par contre, en ce qui concerne les concessions hydrauliques et les sources et cours d'eau, nous considérons actuellement, en France, qu'ils ne peuvent faire l'objet d'un droit de propriété distinct. Le droit d'en user appartient au propriétaire du fonds où jaillit la source, ou des fonds bordés ou traversés par le cours d'eau (C.C.F., art. 642, 643, 644); ce droit peut donc être transféré avec le droit de propriété du fonds, fût-il simplement constitué par l'emplacement minime où jaillit la source, ou par une mince bande de terre le long du cours d'eau (5). Le droit d'en user peut aussi être concédé à titre de servitude.

57. En Suisse, le droit d'user des eaux peut bien faire l'objet d'une servitude (6), mais il peut également être envisagé comme une sorte de

(1) Wieland, art. 655, n° 3. — Dernburg, p. 10.

(2) *Infra*, n° 381 ss.

(3) Cf. Wieland, art. 655, n° 5. Rossel et Mentha, II, p. 31.

(4) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, T. VI, n° 341. Aubry et Rau, II, § 223, p.

440. Cass., 27 avril 1891. S. 91, 1, 369 et la note de Labbé, D. 92. I. 219.

(5) Planiol, I, n° 2422. Cf. Baudry et Chauveau, n° 853. Demolombe, XI, n° 151 et 211.

(6) C.C.S., art. 780, art. 704 ss. Cf. Wieland, art. 704, n° 3, 4, 5.

propriété foncière, rentrant dans la catégorie des « droits distincts et permanents » prévus par l'art. 655 C.C.S. A une époque où la question des eaux est devenue si importante, la notion du code suisse apparaît comme fort pratique, mais traitée trop sommairement dans le Code.

58. Selon M. Wieland ⁽¹⁾, il faut écarter de la définition de l'art. 655 C.C.S. l'usufruit et les diverses servitudes foncières, qui n'ont pas le caractère de droits à la fois distincts et permanents.

59. Il semble que l'énumération de l'article 655 C.C.S. n'est pas limitative et que la législation cantonale demeure réservée. S'il en est ainsi, c'est fort regrettable. La base du droit immobilier et du droit hypothécaire est la définition de l'immeuble, et cette définition ne saurait être diverse sans un grave danger pour l'unité de la législation suisse.

60. Les mines, citées en troisième lieu par l'art. 655, constituent un type de propriété trop spécial pour faire, ici, l'objet d'une étude approfondie.

§ 3. *Etendue du droit de propriété.*

61. a) *Généralités.* Le droit de propriété est limité d'abord par les obstacles légaux du droit public. Il l'est encore par certains obstacles du droit privé, notamment en cas de copropriété et de propriété commune ⁽²⁾, et dans le cas où une servitude réelle a été constituée, et aussi dans le cas où une substitution enlève au grevé le droit de disposer d'une succession au mépris du droit de l'appelé. Ajoutons encore le cas de la constitution d'un asile de famille ⁽³⁾, le cas où un droit de préemption ou de réméré a été stipulé. Enfin, le droit de propriété est limité fréquemment par les droits des tiers et notamment par ceux des voisins.

62. b) *Parties intégrantes et accessoires.* En ce qui concerne l'extension du droit de propriété, cette matière est traitée, dans le Code civil suisse, par les articles 642 et ss., et, plus spécialement pour la propriété foncière, par les art. 667 et ss. ⁽⁴⁾. Le propriétaire d'une chose l'est de tout ce qui en fait partie intégrante. MM. Rossel et Mentha ⁽⁵⁾ interprètent cette règle d'une manière rigide; ils présentent l'hypothèse où le vendeur d'une maison, s'étant réservé, dans l'acte de vente, de vieilles boiseries qui en font partie intégrantes, a négligé de les enlever avant le transfert de propriété. Elles ont passé dans le patrimoine de l'acquéreur, contre

(1) Wieland, art. 655, n° 6.

(2) *Infrà*, n°s 85 ss.; 121 ss.

(3) *Infrà*, n°s 347 ss.; 358 ss.; 363 ss.

(4) Art. 642: « Le propriétaire d'une chose l'est de tout ce qui en fait partie intégrante.

« En fait partie intégrante ce qui, d'après l'usage local, constitue un élément essentiel de la chose et n'en peut être séparé sans la détruire, la détériorer ou l'altérer. »

(5) Rossel et Mentha, II, p. 11.

lequel le vendeur n'a qu'une action personnelle. Cette solution serait inadmissible en droit français, où la translation de propriété résulte du contrat de vente et s'opère dans la mesure où ce contrat l'indique et avec les réserves stipulées. Elle se comprend fort bien, en droit suisse, où la translation de propriété est distincte, comme nous le verrons, du contrat de vente, lequel est simplement générateur d'obligations personnelles. Il nous semble, cependant, qu'il ne faut pas interpréter l'art. 642 d'une manière trop rigide : si, dans l'exemple cité, les boiseries sont mentionnées au Registre foncier comme réservées par le vendeur, il est permis de penser que, juridiquement sinon matériellement, elles cessent d'être des « parties intégrantes ». On peut admettre, en effet, que l'al. 2 de l'art. 642 peut être écarté par la volonté des parties, rendue opposable aux tiers par la mention portée au Registre foncier.

63. La définition des parties intégrantes, donnée par l'art. 642, al. 2, est aussi précise qu'il est possible de l'être, en pareille matière, où il a été nécessaire, surtout dans un pays comme la Suisse, de réserver les usages locaux ⁽¹⁾.

64. Le Code suisse distingue les « parties intégrantes », qui appartiennent au propriétaire de l'objet principal, et les « accessoires », pour lesquels l'art. 644 ⁽²⁾ décide que, sauf réserve contraire, ils sont compris dans tout acte de disposition relatif à la chose principale. La différence de rédaction des art. 642 et 644 permettrait de soutenir que, nonobstant toute réserve contraire, la partie intégrante suit le sort de l'objet principal. Nous pensons cependant qu'il n'en est pas ainsi : pour la « partie intégrante », il sera nécessaire de mentionner au Registre foncier qu'elle ne suit pas le sort du principal. Pour « l'accessoire », l'acheteur a le droit d'en devenir propriétaire et d'en exiger la mention spéciale au Registre foncier, à moins que l'acte de vente ne le réserve. En d'autres termes, l'acquéreur devient propriétaire des parties intégrantes, sauf mention contraire au registre, et il devient propriétaire des accessoires en ce sens qu'il a droit d'exiger leur mention au Registre (cf. art. 946, al. final).

65. Cette distinction des parties intégrantes et des accessoires très logique et très bien posée par le Code suisse, était inconnue de plusieurs

(1) Voir les usages, différents suivant les cantons, dont M. Wieland donne divers exemples, art. 642, n° 1. — Cf. à propos des accessoires : Rossel et Menzha, II, p. 18.

(2) Art. 644 : « Tout acte de disposition relatif à la chose principale s'étend aux accessoires, si le contraire n'a été réservé.

« Sont des accessoires les objets mobiliers qui, d'après l'usage local ou la volonté clai-

rement manifestée du propriétaire de la chose principale, sont affectés d'une manière durable à l'exploitation, à la jouissance ou à la garde de celle-ci et qu'il y a joints, adaptés ou rattachés pour le service de la chose.

« Les accessoires ne perdent pas leur qualité lorsqu'ils sont séparés temporairement de la chose principale. »

législations cantonales (1). Les définitions des articles 642 et 644 seront un guide suffisamment sûr pour le juge. Cependant de sérieuses contestations pourront se produire (2), importantes parfois pour l'interprétation des contrats, spécialement à l'égard des créanciers hypothécaires.

66. Qu'il s'agisse de parties intégrantes ou d'accessoires, l'usage local est pris en considération, en premier lieu, par les deux textes. Mais il peut n'y avoir pas d'usage local; par exemple, pour l'importante question du mobilier d'un hôtel, ou pour celle des machines d'une usine; il n'y a pas d'usage local lorsqu'il s'agit d'une station thermale ou climatérique ou d'un centre industriel nouvellement créés.

67. A défaut d'usage local, la définition de l'art. 642 permettra de décider s'il s'agit d'une partie intégrante, tandis que, pour déterminer s'il s'agit d'un accessoire, il faut rechercher la volonté du propriétaire, qui, seul, peut créer le lien intellectuel par lequel une chose est liée à une autre à titre d'accessoire.

68. C'est surtout au point de vue des immeubles que nous avons étudié les articles 642 et 644, qui s'appliquent aussi aux meubles. Au point de vue des immeubles, si nous cherchons dans le Code français quelles dispositions correspondent à celles des articles 642 et 644 du Code suisse, nous y constatons que les parties intégrantes et les accessoires sont confondues par l'article 517 C.C.F. sous la dénomination unique d'immeubles par destination. Mais une distinction parallèle, sinon identique à celle du Code suisse se retrouve sous les articles 522, 523, et 524 C.C.F., d'une part, et, d'autre part, sous l'art. 525 qui se rattache au dernier alinéa de l'art. 524. Les objets mobiliers attachés à perpétuelle demeure à l'immeuble correspondent, dans une certaine mesure, aux parties intégrantes dont font également partie les tuyaux inutilement mentionnés dans l'art. 523. La description de l'art. 524 C.C.F. rappelle un peu celle de l'art. 642 C.C.S. Cependant le texte français exige que l'objet ait été annexé au fonds par le propriétaire, condition que ne paraît pas exiger le texte suisse.

69. Quant aux accessoires, le Code français dans les art. 522 et 524, se borne à en donner une énumération, précédée d'une définition moins détaillée que celle de l'art. 644 C.C.S. L'énumération de l'art. 524 C.C.F. a vieilli, du reste, comme vieillira toute énumération trop détaillée dans un texte de loi.

70. Le Code allemand présente une distinction analogue. Les art.

(1) Berne, art. 344, 345. — Lucerne, 208.
— Argovie, 435.

(2) Cf. Rossel et Mentha, II, p. 13.

93, 94 et 95 définissent les parties constitutives ou intégrantes, qui ne peuvent être l'objet de droits séparés, les articles 97 et 98 s'occupent des dépendances ou accessoires.

En somme, et la question est partiellement importante lorsqu'il s'agit d'objets mobiliers rattachés à un immeuble, les trois législations admettent la même distinction des parties intégrantes et des accessoires, avec cette différence cependant que les législations suisse et allemande, plus récentes, ont précisé la distinction, qui, dans le Code français, était moins nettement indiquée.

71. Il est certain que cette matière donnera toujours lieu aux plus graves difficultés. Déjà nous voyons une divergence d'opinion entre M. Rossel et Mentha ⁽¹⁾ et M. Wieland ⁽²⁾ sur le point de savoir si les accessoires d'une chose peuvent être saisis indépendamment de cette chose. MM. Rossel et Mentha, avec raison, croyons-nous, tirent argument de la note marginale B de l'art. 642 ⁽³⁾ et en concluent que c'est le *même* droit de propriété qui frappe la chose principale et ses accessoires, ce qui s'oppose à la saisie séparée. M. Wieland estime cette saisie possible, les accessoires constituant des objets distincts, bien que liés à la chose principale, ce qui les distingue des parties intégrantes.

72. En France, l'accessoire réputé immeuble sera compris dans la saisie immobilière et ne pourra être saisi mobilièrement, tant qu'il conserve son caractère d'accessoire.

73. Il semble bien que, dans les législations suisse et allemande, l'accessoire mobilier ne perde pas son caractère mobilier pour devenir un immeuble. La notion des « immeubles par destination » est justement critiquée par M. Planiol ⁽⁴⁾ qui estime « qu'il suffirait d'admettre que les « accessoires mobiliers d'un fonds, destinés à son exploitation, ne peuvent « pas en être séparés sans la volonté du propriétaire, lorsque le fonds « et les accessoires appartiennent à la même personne ».

74. Quant à la partie intégrante, elle paraît bien avoir, dans les trois législations, le caractère immobilier, comme le principal dont elle fait partie, comme la pierre qui a servi à construire une maison.

75. Les accessoires, et, *a fortiori* les parties intégrantes ⁽⁵⁾, ne perdent pas leur qualité lorsqu'ils sont séparés temporairement de la chose principale (art. 644, al. 3 C.C.S.). Il en est de même en Allemagne, aux termes de l'art. 97, *in fine* C.C.A.

(1) Rossel et Mentha, II, p. 16.

(2) Wieland, II, art. 644, n° 11.

(3) « B. *Etendue du droit de propriété* ».

Les notes marginales font partie du texte du

code. Voir Rossel. *Code Civil*. Payot, éd., Introduction historique, p. X.

(4) Planiol I, n° 2213.

(5) Rossel et Mentha, II, p. 13.

76. L'article 645 ⁽¹⁾ du Code civil suisse paraît à première vue inutile, comme reproduisant la définition des accessoires (art. 644, al. 2 C.C.S.), sous une forme *a contrario*. Il est cependant important, en ce sens qu'il interdit de créer, par convention, d'autres accessoires que ceux auxquels l'article 644 confère cette qualité ⁽²⁾. Il ne faudrait pas croire, du reste, que tous les objets non compris dans l'exclusion de l'art. 645 seront des accessoires; ils pourront l'être seulement, si tel est l'usage local ou si telle est la volonté clairement exprimée par le propriétaire.

77. Nous retrouverons plus loin l'article 805 C.C.S. ⁽³⁾, qui étend aux parties intégrantes et aux accessoires l'hypothèque grevant la chose principale. Aux termes de ce texte, les objets désignés expressément comme accessoires dans l'acte d'affectation et mentionnés au registre foncier, notamment les machines ou le mobilier d'un hôtel, sont présumés tels, s'il n'est pas prouvé que cette qualité ne peut leur être attribuée aux termes de la loi. Il n'y a pas de contradiction entre cette disposition et celles des articles 644 et 645 C.C.S. Les accessoires ne seront tels que s'ils rentrent dans la définition de l'art. 644 et ne sont pas exclus par l'art. 645. Et, s'il en est ainsi, leur mention dans l'acte d'affectation et dans le Registre foncier fait présumer qu'ils ont bien le caractère juridique d'accessoire. Cette présomption peut être renversée par la preuve contraire, preuve qui résultera de ce que le caractère d'accessoires leur est refusé par l'art. 645 C.C.S.

78. c) *Fruits*. L'importante question des fruits est brièvement traitée par l'art. 643 C.C.S. ⁽⁴⁾. La définition des « fruits naturels » est beaucoup plus compréhensive que celle à laquelle le droit français nous a accoutumés.

79. Les produits périodiques comprennent d'abord les fruits naturels, tels que les décrit l'art. 520 C.C.F., et aussi, vraisemblablement, les coupes régulières des forêts aménagées, prévues par l'art. 521 C.C.F.

En outre, l'art. 643 comprend encore sous le nom de fruits « tout ce que l'usage autorise à tirer de la chose suivant sa destination ». Cette notion des fruits est très large, et comprend les coupes d'arbres isolés ou de forêts non aménagées, ainsi que les matériaux des carrières, tour-

(1) Art. 645 : « Les effets mobiliers qui ne sont affectés que temporairement à l'usage du possesseur de la chose principale ou ne sont destinés qu'à être consommés par lui, ceux qui sont étrangers à la nature particulière de la chose et ceux qui ne sont rattachés à celle-ci que pour être gardés ou déposés à fin de vente ou de bail, ne peuvent avoir la qualité d'accessoires. »

(2) Rossel et Mentha, II, p. 19-20.

(3) Voir le texte, en note sous le n° 758.

(4) Art. 643 : « Le propriétaire d'une chose l'est également des fruits naturels de celle-ci. « Ces fruits sont les produits périodiques et tout ce que l'usage autorise à tirer de la chose suivant sa destination.

« Les fruits naturels font partie intégrante de la chose jusqu'à leur séparation. »

bières, etc., que nous appelons, en droit français, des produits, par opposition aux fruits naturels (1).

80. Le Code suisse ne fait pas ici, comme le fait l'art. 547 C.C.F., de rapprochement entre les fruits naturels et les fruits civils, car l'art. 643 C.C.S. ne s'occupe que de la consistance matérielle du droit de propriété. Notons, en passant, que les fruits civils s'acquièrent jour par jour (2).

L'art. 643 n'a pas pour but de régler l'attribution des fruits, dans les rapports entre le propriétaire et le fermier ou l'usufruitier, mais seulement de fixer les relations existantes entre l'immeuble et les fruits. En général, les arbres et les produits n'appartiennent pas au fermier (3).

81. Les fruits, aux termes du même art. 643, font partie intégrante de l'immeuble, jusqu'à leur séparation. Cette expression est plus heureuse que celle de l'art. 520 C.C.F. qui les déclare immeubles jusqu'à leur séparation et meubles ensuite.

82. Ce principe qui, dans les deux codes, conduit à des conséquences pratiques analogues, reçoit en Suisse une atteinte lorsque l'usufruitier conserve le droit, après la cessation de son usufruit, de percevoir les fruits parvenus à maturité avant l'expiration de son droit comme le lui permet l'art. 756 al. 1 C.C.S., tandis qu'en droit français, cet avantage lui est refusé par l'art. 585 C.C.F., ce que l'on peut regretter (4).

Le principe reçoit encore une atteinte dans le cas de saisie. L'art. 94 de la loi suisse sur la poursuite pour dettes et la faillite permet de saisir les récoltes pendantes, comme le permettent également les articles 626 à 635 du Code français de procédure civile (saisie-brandon).

83. Une différence, plus apparente que réelle, existe entre les textes des articles 547 C.C.F. et 643 C.C.S. L'art. 547 C.C.F. décide que les fruits appartiennent au propriétaire par droit d'accession. Le droit d'accession est « le droit en vertu duquel le propriétaire d'une chose acquiert la propriété de tout ce qui s'unit ou s'incorpore à sa chose (5) ». Or, il vaut mieux dire que la terre produit les fruits plutôt que de dire que les fruits s'unissent ou s'incorporent à la terre. La notion suisse, d'après laquelle les fruits sont une partie intégrante de la chose, est plus exacte et plus claire.

84. Le Code civil allemand, dans les art. 99, 100, 101 et 102 contient, relativement aux fruits, des dispositions analogues à celles que nous venons d'examiner. La définition des fruits (art. 99 C.C.A.) est encore

(1) Planiol, I, n° 2790.

(2) C.C.F., art. 586. — C.C.S., art. 757.

(3) Rossel et Mentha, II, p. 14 et 15.

Pour l'usufruitier, voir *infra*, nos 247-248.

(4) Planiol, I, n° 2788.

(5) Planiol, I, n° 2717.

plus étendue que celle de l'art. 643 C.C.S., elle comprend les fruits naturels, les produits et les fruits civils.

85. d) *Propriété de plusieurs sur une chose*. Sous cette rubrique, que le Code suisse présente en marge de l'art. 646, sont étudiés les divers cas où une chose est l'objet du droit de propriété de plusieurs personnes.

Les cas où plusieurs personnes ont, ensemble, un droit de propriété sur une chose, sont si différents par leur origine, leur nature, le but poursuivi, qu'il est permis de se demander s'il est opportun de les grouper pour les étudier ensemble. Le législateur suisse a cru devoir le faire, et il faut l'approuver d'avoir tout au moins cherché à jeter une clarté sur cette matière obscure.

86. Malheureusement, les termes techniques manquent pour désigner clairement les cas si divers où plusieurs personnes ont ensemble un droit de propriété sur une chose. La langue allemande, malgré ses mots composés au gré de chacun, ne résout pas mieux la difficulté, avec ses termes de *Miteigentum* et de *Gesamteigentum*, que la langue française avec les expressions de copropriété et propriété commune, employées par le texte français du Code suisse. Le législateur suisse, avec raison, a usé du droit, qui appartient à chacun, de poser la définition d'un mot, et a posé la définition des expressions de copropriété et de propriété commune. Mais il ne peut prétendre imposer ces expressions, avec le sens posé par lui, aux juristes des autres pays de langue française, de sorte que le mot de copropriété a, dans le Code suisse, un sens beaucoup plus restreint que, par exemple, dans l'ouvrage de M. Planiol ⁽¹⁾ où il s'applique à l'indivision, à la mitoyenneté, et à d'autres cas encore. Nous conserverons, autant que possible, le sens donné par le Code suisse aux diverses expressions employées.

87. Les définitions de la copropriété (*Miteigentum*) et celle de la propriété commune (*Gesamteigentum*) se trouvent dans les art. 646 et 652 ⁽²⁾ du Code civil suisse.

88. Ces définitions ne sont pas assez claires pour se passer de commentaire. Dans la matière si difficile de l'indivision, le législateur suisse a fait tout ce qu'il était possible de faire pour donner de bonnes définitions.

(1) Planiol, I, chap. V, n°s 2497 ss.

(2) Art. 646 : « Lorsque plusieurs personnes ont, chacune pour sa quote-part, la propriété d'une chose qui n'est pas matériellement divisée, elles en sont copropriétaires.

« Leurs quotes-parts sont présumées égales.

« Chacun des propriétaires a les droits et les charges du propriétaire en raison de sa

part, qu'il peut aliéner ou engager et que ses créanciers peuvent saisir. »

Art. 652 : « Lorsque plusieurs personnes formant une communauté en vertu de la loi ou d'un contrat sont propriétaires d'une chose, le droit de chacune s'étend à la chose entière. »

Il y a réussi dans l'art. 652, qui traite de la propriété commune. Ce qui caractérise la propriété commune, c'est qu'il existe un lien conventionnel ou légal qui fait que chacun des propriétaires de la chose n'est pas isolé, mais fait partie d'un groupement, d'une communauté, sans cependant que ce groupement constitue une personne morale (1).

89. Comme le font observer MM. Rossel et Mentha (2), il n'était pas indispensable de traiter cette matière en la réunissant sous un même paragraphe, comme le fait le Code suisse dans les art. 652, 653, 654. Le législateur aurait pu, et c'est la méthode du Code français, étudier séparément les divers cas de propriété commune, à propos des communautés conjugales, des successions, des sociétés. Il était cependant intéressant de chercher à rapprocher, comme l'a fait le Code suisse, les divers cas où plusieurs personnes sont propriétaires d'une même chose.

90. Les cas de propriété commune sont notamment (3) :

1° Les communautés moins étendues, établies entre époux par contrat de mariage, et qui, après le décès d'un époux, peuvent se prolonger entre le survivant et les enfants nés du mariage (art. 215 à 240 C.C.S.).

2° Les indivisions contractuelles ou indivisions de famille, que nous étudierons avec les biens de famille (4) (art. 336 et ss. C.C.S.).

3° Les sociétés en nom collectif ou en commandite, auxquelles la jurisprudence du Tribunal fédéral refuse la personnalité morale.

4° L'indivision héréditaire (art. 602 et ss.).

L'art. 653 (5) renvoie, pour les règles à appliquer, aux dispositions spéciales à chaque type de propriété commune. S'il n'y a pas de règle contraire, les droits des communistes ne peuvent être exercés qu'en vertu d'une décision unanime.

91. L'article 654 (6) ne demande pas de commentaire si ce n'est que M. Rossel et Mentha (7), avec M. Wieland (8), font observer que le texte a dépassé la pensée du législateur, lorsqu'il dit que la propriété commune s'éteint par la fin de la communauté. Lorsque la communauté conjugale

(1) Sur les diverses conceptions de la personnalité morale, et même sur l'exclusion de la notion de personnalité morale, voir Thaller et Paul Pic. *Droit commercial, Sociétés*, I, nos 161 ss. Cf. Courvoisier. *De la propriété en main commune*. Neuchâtel (Suisse), Attinger, éd., 1904.

(2) Rossel et Mentha, II, p. 21.

(3) Rossel et Mentha, II, p. 27.

(4) *Infrà*, n° 347 ss; 358 ss.

(5) Art. 653 : « Les droits et les devoirs des communistes sont déterminés par les règles de la communauté légale ou conventionnelle qui les unit.

« A défaut d'autre règle, les droits des communistes, en particulier celui de disposer de la chose, ne peuvent être exercés qu'en vertu d'une décision unanime.

« Le partage et le droit de disposer d'une quote-part sont exclus aussi longtemps que dure la communauté. »

(6) Art. 654 : « La propriété commune s'éteint par l'aliénation de la chose ou la fin de la communauté.

« Le partage s'opère, sauf disposition contraire, comme en matière de copropriété. »

(7) Rossel et Mentha, II, p. 29.

(8) Wieland, art. 654, n° 2.

ou la société vient à se dissoudre, la propriété commune n'est pas remplacée, *ipso facto*, par une copropriété; il y a lieu, précisément, de procéder à une liquidation pour laquelle il faudra suivre les règles de chaque type de « propriété commune ».

92. Quant à la copropriété, nous avons vu que le Code civil suisse en fait une des deux subdivisions de la « propriété de plusieurs sur une chose ». En effet, les notes marginales ⁽¹⁾ indiquent clairement qu'il en est ainsi. Or, la définition que donne de la copropriété l'art. 646 ne répond pas à cette notion restreinte, et semble plutôt s'appliquer à tous les cas où plusieurs sont propriétaires d'une chose, de telle sorte que la propriété commune serait une des subdivisions de la copropriété, et que le mot de copropriété aurait, dans le Code suisse, le sens large que lui donne M. Planiol, comme nous l'avons vu.

93. Ce n'est pas ainsi que l'entendent les commentateurs ⁽²⁾. Ils donnent au mot de copropriété le sens restreint annoncé par les notes marginales. Mais, pour arriver à ce résultat, ils sont obligés d'ajouter ce qui manque à l'art. 646, savoir que la copropriété se distingue de la propriété en ce que les titulaires sont réunis par un simple rapport de communauté réelle (Wieland), ou qu'ils ne sont pas liés par un lien personnel indépendant du simple fait qu'ils ont ensemble un droit de propriété sur la même chose (Rossel et Mentha). Nous suivrons cette définition pour ne pas nous écarter de nos guides; la copropriété existe lorsque plusieurs sont, en fait, propriétaires de la même chose, sans qu'il y ait, entre eux, de lien personnel indépendant de ce fait.

94. Il faut reconnaître que, même ainsi restreinte, la notion de copropriété englobe des objets singulièrement disparates : MM. Rossel et Mentha ⁽³⁾ citent les cas suivants :

1^o Adjonction et mélange (art. 727 C.C.S.) ce qui ne nous intéresse pas, n'étant relatif qu'aux objets mobiliers (cf. art. 565 et ss. C.C.F.).

2^o Copropriété légale, ou présumée, des clôtures des immeubles (art. 670 C.C.S.) c'est la mitoyenneté du Code civil français (art. 653 et ss. C.C.F.).

3^o Copropriété des dépendances de plusieurs immeubles : chemins, cours, puits et citernes, allées.

Ces deux derniers cas sont ceux que M. Planiol ⁽⁴⁾ appelle des indivisions perpétuelles. La loi française du 20 août 1881, art. 33 a retiré de

(1) C.C.S., notes marginales : art. 646, note marginale C. *Propriété de plusieurs sur une chose*. I. *Copropriété*. Art. 652, note marginale II. *Propriété commune*.

(2) Rossel et Mentha, II, p. 21. — Wieland, Rem. prélim. aux art. 646-654, n^o 2.

(3) Rossel et Mentha, II, p. 22.

(4) Planiol, I, n^o 2501.

cette catégorie les chemins d'exploitation qui, sauf titre contraire, appartiennent aux ayants droit, chacun « en droit soi », les autres n'ayant qu'une servitude de passage.

4^o Le legs particulier fait à plusieurs.

5^o L'objet exclu d'un partage et restant indivis, à moins que les copropriétaires n'aient créé entre eux une société, ou l'indivision contractuelle des art. 336 et ss. C.C.S., ce qui sera presque toujours le cas.

6^o L'objet acheté en commun, à moins que les parties n'aient l'intention de poursuivre un but commun, ce qui sera presque toujours le cas.

95. En somme, nous l'avons déjà dit, ce sont là des cas fort disparates qui sont groupés sous une même définition.

A la base des droits de copropriété mentionnés sous les n^{os} 4, 5 et 6 il y a, ou bien la volonté d'un testateur qui rapproche le cas n^o 4 de l'indivision successorale, ou bien un lien conventionnel entre les parties, qui permettrait de rapprocher les cas n^{os} 5 et 6 des cas de propriété commune.

96. Le cas d'adjonction et de mélange proviendra d'une convention, et il s'agira de propriété commune, ou d'un délit ou quasi-délit, et les règles en la matière suffiraient à résoudre les questions qui peuvent se poser.

97. Peut-être eût-il mieux valu distinguer simplement les indivisions perpétuelles (mitoyenneté, dépendances de plusieurs immeubles) et les indivisions temporaires, que leur durée soit ou non fixée d'avance.

98. Les quotes-parts des copropriétaires sont présumées égales (art. 646 al. 2).

Chaque copropriétaire a les droits et les charges du propriétaire, en raison de sa part. Il peut aliéner ou engager cette part, et ses créanciers peuvent la saisir (art. 646, al. 3). Naturellement il faut admettre que cette part ne peut être aliénée ni engagée ni saisie séparément de l'immeuble dont elle est une dépendance, lorsqu'il s'agit de mitoyenneté ou de dépendances nécessaires à plusieurs immeubles, cours, allées, puits, etc. (1). Cette remarque s'applique précisément aux cas les plus fréquents de copropriété, dans le sens où ce mot est employé par les commentateurs du Code civil suisse. Nous voyons bien, par là, que le terme de copropriété s'applique à plusieurs objets distincts, et qu'il aurait fallu faire une place à part à l'indivision perpétuelle, telle que la définit M. Planiol (2). Nous le voyons mieux encore, lorsque nous rapprochons notre remarque du texte

(1) Cf. Rossel et Mentha, I, p. 23.

(2) Planiol, II, n^o 2501.

de l'art. 650 C.C.S., qui refuse aux copropriétaires le droit de demander le partage, lorsque l'indivision doit demeurer perpétuelle « en raison de l'affectation de la chose à un but durable ». Ainsi donc qu'il s'agisse d'aliénation, de gage, de saisie ou de partage, il faut faire aux « indivisions perpétuelles » de M. Planiol une place que le Code suisse ne leur réserve pas d'une manière assez nette.

99. Le droit de chaque copropriétaire d'aliéner sa quote-part est restreint par l'art. 682 C.C.S. (1) qui donne aux autres copropriétaires un droit de préemption contre tout tiers acquéreur. Le Code suisse admet ici un cas de « retrait » analogue au retrait successoral du Droit français, mais précisément dans un cas où le Droit français n'admet pas le retrait. Nous remarquerons que les définitions de la copropriété et de la propriété commune formulées par les articles 646 et 652 du Code suisse ont été vraisemblablement inspirées par les art. 741 et 1008 du Code allemand.

100. Le Code civil allemand n'a pas groupé, comme le Code suisse, les divers cas où plusieurs personnes sont, ensemble, propriétaires d'une même chose. Mais, comme le Code français, et aussi comme le Code suisse, il réglemente séparément les cas où il s'agit de société (2), de communauté entre époux (3), d'indivision entre cohéritiers (4). En outre, il traite, sous deux titres, séparés par de nombreux textes relatifs à des matières diverses, d'une part de la « communauté » ou « communauté par indivision » (5), (articles 742 à 758 C.C.A.) et, d'autre part, de la « copropriété » (6) (*Miteigentum*, art. 1008 à 1011 C.C.A.).

101. Nous nous bornerons à examiner les définitions données par le Code allemand et par ses commentateurs français du Comité de législation étrangère. Le mot indivision, ou communauté par indivision s'applique, en principe, à tous « droits appartenant en commun à plusieurs personnes ». Les commentateurs du Code allemand (7) considèrent comme rentrant dans cette définition les biens d'une société ou d'une communauté conjugale, ceux qui appartiennent en commun à des héritiers testamentaires ou *at intestat*, ceux qui appartiennent à des voisins : murs et clôtures mitoyennes.

102. Quant à la copropriété (*Miteigentum*) (8), elle correspond,

(1) *Infra*, nos 181 et 182.

(2) C.C.A., art. 711 à 722.

(3) C.C.A., art. 1438. — 1432 à 1445. — 1471. — 1472. — 1483. — 1519. — 1549.

(4) C.C.A., art. 2033 et 2038 à 2042.

(5) C.C.A., I. II, Sect. VII, Titre XV, intitulé employé par le Comité de législation

étrangère, dans sa traduction commentée du Code civil allemand.

(6) C.C.A., I. III, Sect. III, Titre V. — Cf. *ibid.*

(7) C.C.A., édition du Comité de législation étrangère. Imprimerie Nationale, note sous l'art. 741, C.C.A.

(8) *Ibid.*, note sous l'art. 1108 C.C.A.

disent les commentateurs, à l'indivision de droit commun, chacun des copropriétaires ayant une quote-part de la chose et pouvant en disposer à son gré (exemples cités : découverte d'un trésor, acquisition en commun) tandis que l'autre forme d'indivision, ayant son origine dans la communauté du droit germanique (*Gemeinschaftliches Eigentum zur gesammten Hand*) est caractérisée par ce fait que les ayants droit ne peuvent disposer séparément de leurs parts dans les objets indivis (exemples cités : Société, communauté conjugale, indivision entre cohéritiers). La copropriété est la règle. L'art. 1008 C.C.A. déclare qu'il y a copropriété lorsque la propriété d'une chose appartient par quote-part à plusieurs personnes. L'art. 741 C.C.A. indique qu'il y a communauté par indivision, lorsqu'il s'agit de droits appartenant en commun à plusieurs personnes.

103. Ces définitions rappellent celles des articles 646 et 652 C.C.S. Cependant nous voyons, dans les auteurs cités, que la copropriété suisse comprend la mitoyenneté et les dépendances communes à plusieurs immeubles, qui sont, au contraire, rangées dans la communauté par indivision du Code allemand.

Nous n'insisterons pas davantage sur cette matière, pour laquelle nous renverrons aux ouvrages cités, et à la bibliographie donnée par M. Wieland (1).

104. En voyant à quelles difficultés se heurte toute tentative de classification rationnelle des divers cas où plusieurs personnes sont ensemble propriétaires d'une chose, il est permis de se demander si cette classification est désirable, et si vraiment il est possible de rapprocher les uns des autres des cas entre lesquels il existe des différences essentielles, empêchant de les grouper utilement. Le Code civil français paraît avoir été prudent, en traitant séparément les divers cas, sans chercher à les classer, ni à les réunir.

105. Revenons au Code civil suisse. L'art. 647 (2) règle l'administration de la copropriété. Il n'est pas tout à fait exact de dire, comme le fait l'alinéa 1^{er}, que les copropriétaires administrent en commun, sauf convention contraire, car, selon l'exposé des motifs (3), la majorité a le pouvoir de donner à l'un des copropriétaires ou à un tiers le mandat d'ad-

(1) Wieland. Rem. prélim. aux art. 646-654, n° 5.

(2) Art. 647 : « Les copropriétaires administrent la chose en commun, sauf convention contraire. »

« Chacun d'eux a qualité, si la majorité n'en dispose autrement, pour faire les actes

d'administration courante, tels que réparations d'entretien et travaux de culture.

« Des actes plus importants, tels que changements de culture et grosses réparations, ne peuvent être décidés qu'à la majorité des copropriétaires représentant en outre, leurs parts réunies, plus de la moitié de la chose. »

(3) Exposé des motifs, p. 458.

ministrer pour tous. MM. Rossel et Mentha (1) estiment qu'il en est bien ainsi, car le droit de *veto*, conféré à la majorité par l'alinéa 2, serait stérile, si cette majorité ne pouvait organiser une administration unique pour le compte de tous. Mais alors, comme ils le font observer eux-mêmes, il ne faut pas parler de convention puisque la majorité impose sa volonté. La loi suisse a fait, en somme, de la copropriété, une sorte de société dont elle a fixé les statuts généraux.

Si aucun mandataire n'a été nommé, chaque copropriétaire a un pouvoir d'administration pour les actes courants. Cette situation ressemble à celle qui est réglée, en matière de société, par le Code civil français, art. 1859, 1^o, ce qui nous montre mieux encore que le Code suisse a fait de la copropriété une sorte de société légale.

106. Il est certain que, pour les cas de mitoyenneté et d'indivision forcée portant sur les dépendances de plusieurs immeubles, le pouvoir donné à la majorité est pratiquement fort utile et évitera souvent de petites chicanes entre voisins.

107. En France, en pareil cas, il faut l'intervention de la justice pour régler les rapports entre les parties.

108. En Allemagne, le Code civil présente, en matière de communauté par indivision, des dispositions analogues à celles de l'art. 647 C.C.S. Aux termes de l'art. 744 C.C.A., chaque coparticipant a le droit de prendre les mesures nécessaires à la conservation de l'objet, sans l'assentiment des autres coparticipants. Et, d'après l'art. 745 C.C.A., la majorité (majorité en parts) peut régler l'administration régulière. Selon les commentateurs du Code allemand (2), ce pouvoir de la majorité existe aussi dans le cas de copropriété réglée par les art. 1008 et ss.

109. L'art. 648 (3) du Code civil suisse donne à chaque copropriétaire le droit de veiller aux intérêts communs, ce qui est un peu vague. Sauf convention contraire unanime (ici, il s'agit donc bien de convention), l'unanimité est nécessaire pour les aliénations et constitutions de droits réels, sauf lorsqu'il s'agit d'aliéner ou engager une quote-part (4), et pour les changements dans la destination de la chose.

Le droit, conféré à chacun des copropriétaires, de veiller aux intérêts communs, lui confère-t-il celui d'exercer, au nom de tous, l'action

(1) Rossel et Mentha, I, p. 23.

(2) Comité de législation étrangère. Code civil allemand, art. 1008, note.

(3) Art. 648 : « Chaque propriétaire peut veiller aux intérêts communs; il jouit de la chose et en use dans la mesure compatible avec le droit des autres.

« Le concours de tous est nécessaire pour les aliénations, constitutions de droits réels ou changements dans la destination de la chose, à moins qu'ils n'aient unanimement établi d'autres règles à cet égard. »

(4) C.C.S., art. 646, al. 3.

en revendication? La question est importante. Le texte allemand est plus net que le texte français, et dit que « chaque copropriétaire peut accomplir des actes de représentation, jouir de la chose et en user.... » (*die Sache insoweit zu vertreten*). Il en résulterait, pour chacun, le droit d'exercer, au nom de tous, les actions judiciaires, notamment la revendication. Mais, selon M. Wieland ⁽¹⁾ l'alinéa 2 s'oppose à cette interprétation. Chacun peut bien faire valoir ses droits vis-à-vis des tiers, mais le jugement, favorable ou défavorable, n'a d'effet qu'à son égard et non à celui des autres copropriétaires, — qui n'ont pas été représentés par lui.

110. En Droit français, les cas de copropriété admis par le Droit suisse sont régis chacun par les règles relatives à la matière. Lorsqu'il s'agit de l'indivision forcée, il est difficile de refuser à chacun le droit de faire ce qui s'impose d'urgence. Et, soit dans ce cas, soit dans les autres, une ordonnance de référé pourra ordonner l'exécution des mesures urgentes. Parfois un séquestre pourra être nommé, mais il n'y a pas de règle générale légale.

111. En Allemagne, pour ce qui concerne la copropriété réglée par les art. 1008 et ss., l'art. 1011 donne à chacun le droit d'exercer contre les tiers, et pour toute la chose, les droits résultant de la propriété. Il paraît bien résulter de là que chacun a le droit d'exercer pour tous la revendication. Mais celui qui a exercé les droits ne peut demander la délivrance de la chose que dans les conditions spécifiées à l'art. 432 C.C.A., c'est-à-dire que, si la prestation de la chose est indivisible, ce qui sera ici le cas, tous les copropriétaires devront prendre part à la délivrance, faute de quoi la chose sera consignée, ou remise à un séquestre judiciaire. Lorsqu'il s'agira de la communauté par indivision, les art. 741 et ss. C.C.A., qui traitent de la matière, ne contiennent pas de dispositions analogues à celles de l'art. 1011. La question sera, en ce cas, résolue par les dispositions relatives à chacun des types de communauté par indivision, qui ont pour fondement un acte auquel le Code civil attribue cet effet, société, contrat de communauté matrimoniale universelle, ou encore une disposition légale spéciale, comme dans le cas d'indivision entre cohéritiers ⁽²⁾.

112. L'art. 649 C.C.S. ⁽³⁾ règle la répartition des frais d'administration, impôts et autres charges. Il ne présente pas de difficulté d'interprétation.

(1) Wieland, art. 648, n° 3.

(2) Comité de lég. étrangère. Code civil allemand, note sous l'art. 1008.

(3) Art. 649 : « Les frais d'administration, impôts et autres charges résultant de la copropriété ou grevant la chose commune sont

supportés, sauf disposition contraire, par tous les copropriétaires en raison de leurs parts. »

« Si l'un des copropriétaires paie au delà de sa part, il a recours contre les autres dans la même proportion. »

113. L'art. 650 ⁽¹⁾ s'occupe de la question du partage en matière de copropriété. Les règles formulées sont, du reste, étendues, sauf disposition contraire, à la propriété commune, par l'art. 654.

114. Ces textes formulent, sous une forme plus générale, le principe du droit au partage formulé, en droit français, en matière de succession indivise, par l'art. 815 C.C.F.

115. Le Code français étend, du reste, la règle de l'art. 815 à la matière de la communauté conjugale (art. 1476 C.C.F.), à celle des choses indivises en fait (art. 1686 C.C.F.), à celle des sociétés (art. 1872 C.C.F.).

116. De même, le Code suisse traite du partage de la communauté conjugale dans l'art. 236 C.C.S., et de celui des successions dans l'art. 604.

117. Le Code allemand ne pose le principe en termes généraux que dans l'art. 749 C.C.A., à propos de l'indivision. Les règles relatives aux partages spéciaux se trouvent formulées à propos de chaque matière.

118. En Suisse ⁽²⁾, comme, du reste, en France ⁽³⁾, le partage ne peut pas être demandé, lorsqu'il s'agit d'une chose affectée à un but durable, lorsqu'il s'agit, comme le dit M. Planiol, des « indivisions perpétuelles ». C'est le cas où, comme nous l'avons vu ⁽⁴⁾, par dérogation à l'art. 646 C.C.S., le copropriétaire ne peut pas aliéner sa part.

Il ne peut pas, non plus, être demandé, dans le cas où un acte juridique a exclu le partage. Cet acte juridique pourra être un contrat de mariage, pour la communauté, un contrat de société civile, du moins en Suisse, où, comme nous l'avons vu ⁽⁵⁾, ces sociétés n'ont pas la personnalité civile, enfin, d'une manière générale, un pacte d'indivision, qui pourra être convenu pour une durée maxima de dix ans en Suisse (art. 650 C.C.S.) et de cinq ans en France (art. 815 C.C.F.).

119. En outre, le partage peut être exclu par une obligation de rester dans l'indivision, imposée par le donateur aux donataires, ou par le testateur aux légataires ⁽⁶⁾, mais non par le testateur aux héritiers ⁽⁷⁾. En France, les auteurs récents refusent au testateur le droit d'exclure le partage ⁽⁸⁾, en se basant sur ce que l'art. 815 C.C.F. refuse le droit de

(1) Art. 650 : « Chacun des copropriétaires a le droit d'exiger le partage, s'il n'est tenu de demeurer dans l'indivision en vertu d'un acte juridique ou en raison de l'affectation de la chose à un but durable. »

« Le partage ne peut être exclu, par un acte juridique, pour une période supérieure à dix ans. »

« Il ne doit pas être provoqué en temps inopportun. »

(2) Rossel et Mentha, II, p. 25.

(3) Planiol, III, n° 2323. I, n° 2500 et ss.

(4) *Suprà*, n° 98.

(5) *Suprà*, n° 90.

(6) Rossel et Mentha, II, p. 26.

(7) Rossel et Mentha, I, p. 665 et ss.

(8) Planiol, III, n° 2328. Metz, 3 juillet 1885. D. 56. 2. 204. — Huc V, n° 284 — *contrà* : Aubry et Rau, 4^e éd. V, § 622, p. 533. — Demolombe, XV, n° 511.

prohiber le partage, et permet seulement de *convenir* qu'il sera exclu pour cinq ans au plus. C'est ce que décide aussi le Code suisse en matière de succession (art. 604 C.C.S.), tandis que, pour les legs et donations, l'art. 650 prévoit l'exclusion du partage basée, non seulement sur une convention, mais sur un « acte juridique » (*Rechtsgeschäft*), qui peut être la volonté du testateur.

En cas de pacte d'indivision, M. Wieland ⁽¹⁾ permet à un des copropriétaires de demander le partage, malgré le pacte, en cas de motif grave, par exemple en cas de conduite déshonorante d'un des copropriétaires. MM. Rossel et Mentha ⁽²⁾, moins affirmatifs, se disent disposés à suivre cet avis. C'est fort juste, en droit allemand, où l'art. 749 C.C.A. le déclare expressément. Mais, en Suisse, cette opinion est difficilement soutenable, faute de texte. L'argument tiré par M. Wieland des art. 269 et 291 C.O., et de l'art. 545 C.O. est peu convaincant; ces textes prévoient les cas où il peut être décidé qu'un contrat de bail ou de société peut être rompu en cas de circonstances graves ou d'impossibilité d'exécution. Il n'est pas permis d'en tirer argument pour rompre un contrat autre que ceux visés par ces textes.

Le partage ne peut pas être provoqué en temps inopportun, par exemple quand l'un des indivis est momentanément gêné, ou quand la propriété subit une dépréciation temporaire. La même règle existe en matière de partage de la communauté conjugale ⁽³⁾, des « biens de famille » ⁽⁴⁾, des successions ⁽⁵⁾. C'est là une règle excellente qui manque dans le Droit français.

120. De même qu'en France, le partage, en Suisse, se fait, en principe, en nature ⁽⁶⁾; mais, si la chose ne peut être avantageusement partagée en nature, elle est vendue aux enchères, avec ou sans admission des étrangers. Selon MM. Rossel et Mentha ⁽⁷⁾, chaque copropriétaire peut exiger l'admission des étrangers. Si les parts ne peuvent être rendues égales, l'inégalité sera compensée par des soultes, mais encore faut-il que chacun reçoive une part en nature, à défaut de quoi il faudra recourir à la licitation.

(1) Wieland, art. 650, n° 2 a.

(2) Rossel et Mentha, II, p. 26. L'art. 343 C.C.S. qui permet de demander la cessation de l'« indivision de famille » pour justes motifs, ne fournit pas d'argument, étant spécial à ces notes d'indivision. Cf. *infra*, n° 360.

(3) C.C.S., art. 236.

(4) *Ibid.* art. 346.

(5) *Ibid.* art. 604.

(6) C.C.S., art. 651 : « La copropriété cesse par le partage en nature, par la vente de gré

à gré ou aux enchères avec répartition subséquente du prix, ou par l'acquisition que l'un ou plusieurs des copropriétaires font des parts des autres.

« Si les copropriétaires ne s'entendent pas sur le mode du partage, le juge ordonne le partage en nature et, si la chose ne peut être divisée sans diminution notable de sa valeur, la vente soit aux enchères publiques, soit entre les copropriétaires. »

(7) Rossel et Mentha, II, p. 27.

121. *Propriété commune.* Cette forme de la propriété collective est réglée par les art. 652 à 654 C.C.S. (1). Cette matière est beaucoup plus importante que celle de la copropriété, dans le Code suisse, puisqu'il s'agit ici, notamment, de la communauté entre époux, des sociétés en nom collectif et en commandite, auxquelles le tribunal fédéral refuse le caractère de personnes morales, et de la communauté entre cohéritiers. Nous avons déjà étudié les art. 652 à 654. En général, les règles à appliquer sont celles posées, à propos de chaque cas, par le Code civil suisse, et l'art. 653 renvoie, en effet, à ces règles spéciales. Contrairement à l'art. 647, qui donne, en certains cas, à la majorité, le pouvoir d'imposer sa volonté à la minorité, l'art. 653 exige ici une décision unanime des communistes pour exercer leurs droits, cela, du moins, dans le cas où il n'y a pas une personne qualifiée pour les représenter.

Pour le partage, l'art. 654 renvoie aux règles, que nous avons étudiées, de la copropriété.

122. A propos de la communauté existant entre cohéritiers, nous observerons que le Code civil suisse n'admet pas le retrait successoral, tel que l'admet le Code français, dans son art. 841. Cependant, l'art. 635 du C.C.S. a pris une précaution destinée, comme le retrait successoral, à empêcher les étrangers d'intervenir dans un partage de famille. Quelle que soit la convention passée entre un cohéritier et un étranger, celui-ci, — fût-il cessionnaire, — ne peut intervenir au partage et ne peut prétendre qu'à la part attribuée à son cédant. En outre, l'art. 682 C.C.S. (2), comme le Code allemand (3), admet un droit de préemption contre tout tiers acquéreur d'une quote-part. Mais, en Allemagne, il s'agit d'une quote-part héréditaire, en Suisse, il s'agit simplement de la quote-part d'un immeuble indivis.

123. Le système français est-il préférable au système suisse? Le but poursuivi est louable : il s'agit de ne pas mêler les étrangers aux affaires de la famille.

Historiquement, le retrait successoral est une extension du retrait litigieux, qui s'expliquait par la défaveur attachée aux opérations louches des agents d'affaire acquéreurs de procès (4). Comme le remarque M. Planiol (5), il n'y a pas de raison pour attacher la même défaveur à l'opération parfaitement légitime par laquelle un cohéritier dispose avantageusement de son droit en le cédant à un tiers; et, à cause du manque

(1) Voir le texte, sous les nos 87, 90 et 91.

(2) *Suprà*, n° 99.

(3) C.C.A., art. 2034.

(4) L.L. *Per diversas* et ab Anastasio. C. Justinien, liv. IV, tit. 35, l. 1. 22 et 23.

(5) Planiol, III, n° 2444.

de sécurité provenant de la possibilité du retrait, les tiers ne seront pas facilement disposés à traiter avec le cohéritier, qui risque ainsi de manquer une occasion favorable. La présence d'un tiers au partage n'a pas de sérieux inconvénients, quand on songe que, souvent, les cohéritiers ont, les uns pour les autres, des sentiments qui n'ont rien de fraternel. D'autre part, la loi française et la loi allemande sont faciles à tourner au moyen d'une apparence de donation ou de mandat, ce que la loi suisse évite, sauf peut-être en ce qui concerne le mandat, car il est difficile de supposer que l'art. 635 puisse empêcher un cohéritier de se faire représenter au partage par un mandataire. Le texte suisse ne peut, de son côté, avoir pour effet d'obliger le cessionnaire à se désintéresser du partage, ni de permettre à l'héritier de ne pas tenir compte des droits de son cessionnaire.

En résumé, les trois Codes suisse, français et allemand, en cherchant à protéger les cohéritiers, leur sont plus nuisibles qu'utiles, et les trois textes pourraient être supprimés sans grand inconvénient. Cependant le système suisse est celui qui peut, avec le moins d'inconvénients, être conservé ⁽¹⁾.

§ 4. *Acquisition de la propriété immobilière.*

124. Si l'on ne considère que le texte de l'art. 656 ⁽²⁾ du Code civil suisse, l'acquisition de la propriété foncière apparaît comme la conséquence d'une solennité juridique, telle que celle qui faisait acquérir la propriété par *mancipatio*, ou fondait les obligations *verbis* et *litteris*. Il ne semble cependant pas que le législateur suisse ait entendu faire une telle innovation. Si l'inscription au Registre foncier est, en principe, nécessaire pour l'acquisition de la propriété, elle ne crée cependant pas pour autant, à elle seule, cette acquisition. En outre, le législateur, par le deuxième paragraphe de l'art. 656, a indiqué une série de cas importants où la propriété est acquise dès avant l'inscription au Registre foncier; du reste, cette inscription reste nécessaire, même alors, pour que le titulaire puisse exercer pratiquement un droit. Même ainsi restreinte, la notion que l'inscription est nécessaire pour l'acquisition de la propriété est extrêmement importante. La loi suisse ne dit nullement que l'inscription constitue un mode de preuve légal; elle va plus loin, et déclare que

(1) Voir *infra*, n° 182.

(2) C.C.S., art. 656 : « L'inscription au registre foncier est nécessaire pour l'acquisition de la propriété foncière.

« Celui qui acquiert un immeuble par occu-

pation, succession, expropriation, exécution forcée ou jugement en devient toutefois propriétaire avant l'inscription, mais il n'en peut disposer dans le registre foncier qu'à près que cette formalité a été remplie. »

c'est pour l'acquisition de la propriété, et non pas seulement pour sa preuve, que l'inscription est nécessaire. Ainsi, elle fait d'une formalité juridique une des conditions essentielles de l'acquisition, ou tout au moins de l'exercice du droit de propriété.

125. Nous touchons ici à l'un des problèmes les plus importants du Droit, celui du transfert conventionnel de la propriété. A Rome, la convention apparaissait comme impuissante à transférer la propriété. Les contrats relatifs à la propriété n'engendraient eux-mêmes que des obligations, simples droits de créance; la vente elle-même n'engendrait qu'une obligation de transférer la propriété et n'opérait pas ce transfert. Il est vrai que l'exécution de cette obligation devint de plus en plus facile. Dans le Droit de Justinien, les modes de transfert anciens, *mancipatio* et *in jure cessio*, avaient disparu, et étaient remplacés par la *traditio*. La *traditio*, elle-même, perdit assez tôt son caractère physique, matériel, pour prendre le caractère d'un acte juridique, « simple possibilité, dit M. Planiol ⁽¹⁾, « offerte à l'acquéreur de prendre par lui-même possession de la chose « avec le consentement de l'aliénateur ». C'est la *traditio longa manu* de Javolenus ⁽²⁾ qui est devenue la tradition de longue main de notre ancien droit. La notion du constitut possessoire ⁽³⁾, par lequel le vendeur possède désormais pour l'acquéreur, permit aussi de se passer de la tradition matérielle. La clause du constitut possessoire était de style dans les ventes de l'ancien droit français. De plus, déjà Gaius ⁽⁴⁾ admettait que la *nuda voluntas* suffisait quand l'acquéreur avait déjà la *nuda possessio*, par exemple comme locataire ou dépositaire. C'est la tradition de brève main de notre ancien droit ⁽⁵⁾.

126. Comme le dit M. Planiol ⁽⁶⁾, que nous suivons ici, notre ancien droit n'a rien inventé de plus. La tradition matérielle avait disparu et le principe ne subsistait plus que comme théorique. La tradition était remplacée par des conventions fictives de précaire, dépôt, bail, ou par la clause, déjà vue, de constitut possessoire, ou par celle de dessaisine-saisine par laquelle l'aliénateur déclarait se dépouiller de la chose, et la détenir désormais pour l'acquéreur. La suppression du principe, tombé pratiquement en désuétude, parut rationnelle à Grotius, Puffendorf, Loysel, Laurière, et à Domat, pour lequel la vente est translatrice de propriété, la tradition ne constituant plus qu'une « délivrance ». Pothier, cependant, résistait, et s'en tenait au principe romain.

(1) Planiol, I, n° 2592.

(2) D. *De solutionibus*, liv. XLIII, tit. 6. fr. 79.

(3) Celsus. D. liv. XLI, tit. 2. fr. 18.

(4) Gaius D. *De adquir. rerum dominio*, liv. XLI, tit. 1, fr. 9.

(5) Pothier. *Propriété*, n°s 206-207.

(6) Planiol, I, n° 2593 et ss.

127. Le Code civil français n'inventa donc pas un principe nouveau, mais se borna à suivre l'opinion des auteurs tels que Domat. L'effet pratique obtenu par le Code Napoléon fut simplement la suppression des clauses et fictions imaginées par la pratique notariale.

128. Nous avons déjà vu que le Code suisse n'avait pas absolument voulu faire de l'acquisition de la propriété l'effet d'une formalité solennelle, et le deuxième alinéa de l'art. 656 nous a déjà mis en garde contre la tentation d'exagérer l'importance du principe posé par l'alinéa premier.

129. Cependant le principe est posé nettement par l'al. 1; il est devenu loi de l'Etat. Sans doute, il ne faut pas attacher une importance exagérée à un texte de loi. L'expérience a toujours montré que c'est vainement que le législateur tente d'édicter, sous le nom de loi, des dispositions que l'usage se refuse à accepter. C'est l'usage qui, toujours, aura le pouvoir de faire et défaire les lois; si le législateur peut le violenter momentanément, il est, finalement, obligé de s'incliner devant lui.

130. Mais ici, le législateur suisse, trop savant et pratique pour s'être trompé, a entendu faire une œuvre acceptée par l'usage. Et malgré les restrictions apportées au principe, il a posé nettement ce principe, sachant fort bien la portée des termes employés. Il a bien dit que l'inscription au registre foncier était nécessaire pour *l'acquisition* de la propriété foncière, et non pas seulement pour la preuve de cette acquisition.

N'y a-t-il pas là l'abandon du système français ? ne voyons-nous pas réapparaître la notion romaine d'un acte matériel nécessaire pour le transfert du droit de propriété ? S'il en est ainsi, le changement aura-t-il des conséquences pratiques importantes ?

131. Le principe du Code français ⁽¹⁾, selon lequel le consentement suffit à transférer la propriété, est apparu comme une révolution juridique. M. Planiol ⁽²⁾ a montré que c'était une simple évolution, déjà accomplie le jour où la tradition physique a été remplacée par la tradition juridique. La nécessité de la tradition est-elle rétablie, dans le droit suisse, sous la forme d'une solennité telle que l'inscription au Registre foncier ? Ou encore est-il permis de dire que le transfert de la propriété sera la conséquence de l'exécution d'un acte solennel ?

132. Nous croyons que, pour résoudre ces questions, il faut fermer les livres de droit et aller écouter les parties chez le notaire ou devant le Tribunal. Sans doute, les livres de doctrine sont nécessaires; il faut que les principes soient posés, et nettement posés, et que le juge les connaisse.

(1) C.C.F., art. 711, 938, 1138, 1583.

(2) Planiol, I, n° 2595. Cf. Fenet, XIII, p. 230-231. Locré, XIV, p. 145-146.

Mais le juge ne se trouvera jamais en présence d'un cas expressément prévu par la doctrine ou par la loi. Pour lui, la question concrète de preuve est prépondérante, de telle sorte que — et il en sera ainsi tant que les hommes n'auront pas le pouvoir de sonder les consciences et les cœurs — un droit non prouvé n'existe pas en pratique, et qu'inversement la preuve d'un droit équivaudra pratiquement à l'existence de ce droit, même s'il n'existe pas.

133. Ainsi, malgré les articles 711 et autres du Code français, le juge sera dans la nécessité de dire qu'il n'y a pas de transfert de propriété quand la preuve (acte écrit, preuve par témoins, aveu, serment) ne lui en est pas rapportée. Inversement, si nous supposons, ce qui malheureusement n'est pas invraisemblable, qu'un malhonnête homme abuse d'un blanc-seing assez habilement pour éviter d'être poursuivi en justice criminelle et présente ainsi un acte de vente d'apparence régulière, il en résultera que le juge déclarera qu'il y a transfert de propriété alors qu'il n'y a jamais eu de consentement. Telle est la réalité, regrettable, mais inévitable puisqu'il s'agit d'une institution humaine nécessairement imparfaite : en pratique, le droit se confond avec sa preuve.

134. Pour éviter, dans la mesure du possible, les abus, les surprises, les fraudes et les délits, la loi de tous les pays a imposé certaines formes de preuve. En Suisse, en général, la propriété ne sera pas transférée sans inscription, et cette inscription au Registre foncier constitue à la fois une solennité et une preuve. De même, en France, malgré le consentement, la propriété ne sera pas transférée par une donation non rédigée en forme authentique (1).

135. Et, derrière la preuve, il y a toujours un acte matériel, qui est le fait à prouver. Ce fait sera, tout au moins, en droit français, le consentement qui suppose une demande et une réponse correspondante à la demande. C'est le contrat verbal romain, avec ses simplifications successives (2), et encore simplifié en ce sens que, dans le Droit français, la demande et la réponse peuvent être formulée d'une manière quelconque, entre présents ou entre absents. Ainsi, entre le contrat solennel qu'était la vieille *stipulatio* romaine, et le contrat non solennel moderne, il n'y a pas de coupure brusque, et il est permis de dire, si l'on considère comme une solennité juridique tout acte matériel, parole, écrit ou geste, dont l'existence prouvée fonde une obligation, que tout contrat est solennel.

136. Cela étant, et partant de l'idée que l'existence d'un droit dépend

(1) C.C.F., art. 931.

(2) Girard. *Droit romain*, pp. 488 et ss., 5^e éd.

pratiquement de sa preuve, nous pouvons dire que l'inscription au Registre foncier constitue un mode de preuve réagissant pratiquement sur l'existence du droit. Sans cette inscription, le droit, dépourvu de la preuve légale, n'existe pas en pratique. Et, pratiquement, le Code suisse a rétabli la vente romaine, génératrice d'obligations, et non translatrice de propriété, la propriété étant transférée par une formalité matérielle analogue à la *traditio*.

Entre les parties, il y a donc une différence entre la vente suisse et la vente française. Vis-à-vis des tiers, il n'y a pas de différence, la transcription de la loi française du 23 mars 1855 jouant à cet égard le rôle de l'inscription suisse au Registre foncier.

137. Donc, en Suisse « l'acquisition de la propriété s'accomplit à l'ins-tant seulement de l'inscription » (1). C'est le « principe absolu de l'ins-crition ». M. Wieland (2) développe cette notion du « principe absolu de l'ins-crition », d'après laquelle l'inscription est nécessaire à la naissance comme à l'extinction des droits réels, principe déjà admis dans la plupart des législations de la Suisse alémanique, alors qu'en général, dans la Suisse romande, l'inscription n'avait pas cet effet constitutif. Dans cette opinion, l'inscription n'est pas seulement un mode de preuve réagissant pratiquement sur l'existence du droit, elle est constitutive du droit. Pour nous, qui considérons qu'en pratique le droit se confond avec sa preuve, il n'y a pas de différence, sinon théorique, entre les deux opinions.

138. Le « principe absolu de l'inscription » n'est pas absolument réa-lisable dans la pratique. La loi suisse elle-même indique des exceptions. Ces exceptions sont prévues par le deuxième alinéa de l'art. 656. Le cas le plus important est celui des successions : l'héritier devient propriétaire avant l'inscription.

D'autre part l'inscription n'est constitutive du droit que dans le cas seulement où elle est *légitime*, c'est-à-dire si elle a une cause légitime, qui sera un acte d'acquisition valable; cela, du moins, dans les relations des parties, car, vis-à-vis des tiers de bonne foi, l'inscription produira toujours son effet, même si elle n'a pas une cause légitime. Entre les parties, elle ne transférera pas le droit de propriété si l'acte translatif est vicié, soit dans son principe (par exemple s'il n'y a pas eu de consentement ou s'il y a vice de consentement), soit dans sa forme (par exemple, vente d'im-meuble par acte sous seing privé (3)).

(1) Wieland. *Droits réels*, art. 656, n° 1.

(2) Wieland. *Droits réels*. Rem. prél. n° 2.

(3) C.C.S., art. 657 : « Les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété ne

sont valables que s'ils sont reçus en la forme authentique.

« Les dispositions pour cause de mort et le contrat de mariage demeurent soumis aux formes qui leur sont propres. »

139. Lorsque l'inscription est légitime, elle produit, comme nous le verrons plus en détail en étudiant les effets du Registre foncier ⁽¹⁾, des effets qui dépassent ceux de la transcription de la loi française du 23 mars 1855. Le législateur suisse a pensé que les exigences du crédit foncier, la nécessité d'assurer la sécurité des transactions, valaient la peine de donner à l'inscription une « valeur juridique positive », et qu'il fallait attacher à cette inscription une « foi publique ».

140. C'est surtout à l'égard du tiers de bonne foi, acquéreur, gagiste ⁽²⁾ ou autre, que le principe développe ses effets. Ils acquièrent leur droit de propriété ou de gage immobilier, même si l'aliénateur ou le constituant n'étaient pas propriétaires. En outre, comme le dit M. Wieland ⁽³⁾, le Registre foncier est « censé complet ». Celui qui acquiert un immeuble présenté, d'après le Registre, comme libre de charge, l'acquiert tel que l'annonçait le Registre.

141. Il résulte de la loi un sérieux danger : le véritable propriétaire, le titulaire d'un droit réel, risquent de se voir dépouiller de leur droit. La loi cherche à éviter les abus, en prenant diverses précautions, telles que la nécessité d'un acte authentique pour les contrats translatifs de propriété immobilière ⁽⁴⁾, l'obligation pour le conservateur du Registre foncier de vérifier les titres ⁽⁵⁾. Nous retrouverons tout cela.

142. Nous nous trouvons ici, nettement, en présence d'une différence essentielle entre le droit français et le droit suisse ⁽⁶⁾. En France, l'acquéreur *a non domino* n'a qu'un droit opposable aux tiers, non au véritable propriétaire. En Suisse, il deviendra propriétaire, alors cependant qu'il n'y a pas eu de consentement valable, puisque, par hypothèse, le véritable propriétaire n'a jamais cédé son droit au vendeur, et que le vendeur n'a pu consentir à céder un droit qu'il n'avait pas. Il est même possible que le vendeur fût de mauvaise foi, et n'ait pas même cru pouvoir céder un droit qu'il savait ne pas avoir. Le vendeur peut aussi être de bonne foi, et M. Wieland ⁽⁷⁾ cite l'exemple très pratique d'un héritier légal inscrit à la place de l'héritier testamentaire alors qu'on ignorait l'existence du testament. S'il vend à un tiers de bonne foi, celui-ci devient propriétaire, non seulement vis-à-vis des tiers, mais même vis-à-vis du véritable propriétaire, l'héritier testamentaire. Malgré ces inconvénients, c'est là

(1) *Infra*, n° 574 et ss.

(2) Le gagiste immobilier correspond, en droit français, au créancier hypothécaire, voir *infra*, n° 673 et ss.

(3) Wieland. *Droits réels*. Rem. prél. n° 2.

(4) C.C.S., art. 657.

(5) C.C.S., art. 965.

(6) Voir E. Levy. *Sur l'idée de transmission de droits* (à propos de la preuve de la propriété immobilière).

(7) Wieland. *Droits réels*. Rem. prél. n° 2. c.

un système de transmission de la propriété très commode, donnant une grande sécurité aux acquéreurs, facilitant les contrats immobiliers, supprimant beaucoup de procès, rendant la preuve très simple, et, par conséquent, favorisant le crédit immobilier. A ces points de vue, il est supérieur à notre système français, avec ses incertitudes et ses difficultés de la preuve.

143. Il faut cependant ajouter que le système suisse a une cause de faiblesse, c'est qu'il exige une tenue parfaite du Registre foncier, nécessitant une surveillance très attentive, une conservation méticuleuse, une mise à jour rigoureusement précise. Tout cela est possible, dans le calme de la paix, mais une période de troubles politiques ou de guerre étrangère amènerait sans doute de graves désordres dans la tenue du Registre, et par suite dans la situation immobilière du pays.

144. Nous avons déjà noté ⁽¹⁾ que le « principe absolu » de l'inscription souffrait des exceptions, dont la plus importante, en pratique, est celle relative aux successions. L'art. 560 C.C.S. qui correspond à l'art. 724 C.C.F. accorde de plein droit la saisine aux héritiers tant légaux qu'insitués, et par suite, ceux-ci sont saisis des droits de propriété immobilière et autres droits réels du défunt. Il y a donc, et l'art. 656 al. 2 le déclare expressément, transfert de propriété sans inscription au Registre, ce qui se comprend, les héritiers représentant la même personne juridique que le *de cuius*.

145. L'art. 656, al. 2, après avoir reconnu le droit de propriété de l'héritier avant toute inscription, ajoute qu'il ne peut en disposer dans le Registre foncier qu'après cette formalité. Nous retrouvons ⁽²⁾ cette règle, sous une forme plus générale, avec l'art. 965, al. 2 où l'on voit que seule la personne inscrite peut disposer du droit immobilier, en transférant la propriété, ou tout autre droit réel, ou en conférant sur l'immeuble un droit de gage ou de servitude.

146. Il y a encore d'autres cas, visés par l'art. 656, al. 2, où la propriété est acquise avant toute inscription, mais toujours avec cette réserve que l'inscription est nécessaire pour l'exercice du droit; citons notamment l'occupation (art. 658) ⁽³⁾, quand il résulte du Registre foncier que la chose est sans maître, ce qui ne se produira guère en pratique, sauf peut-être pendant les premiers temps qui suivront la confection du registre.

(1) *Suprà*, n° 138.

(2) *Infra*, n° 566.

(3) Art. 658 C.C.S. : « Un immeuble immatriculé ne peut être acquis par occupation que s'il résulte du registre foncier que cet

immeuble est devenu chose sans maître.

« L'occupation des portions du sol qui ne sont pas immatriculées est soumise aux règles concernant les choses sans maître. »

147. L'art. 656, al. 2 cite encore les cas d'exécution forcée, d'expropriation pour cause d'utilité publique, de jugement d'adjudication. Dans ces divers cas, l'article 665 (1) dispose que l'acquéreur pourra régulariser sa situation, de manière à pouvoir disposer de son droit, en obtenant du juge l'attribution du droit de propriété, lorsque le cédant refuse d'opérer l'inscription, ou en exigeant, en vertu de son titre, occupation ou jugement, l'inscription au Registre. La première de ces deux règles semble contredire la notion suisse que la vente n'est que génératrice d'obligations. Il faut observer qu'ici, ce n'est pas la vente, mais le jugement, qui, à sa date seulement, transfère la propriété. Cependant il faut reconnaître que la vente fait plus que d'engendrer une obligation personnelle, puisqu'un jugement suppléera au consentement nécessaire au transfert, et permettra d'opérer l'inscription. En ce cas, c'est à la date du jugement, non à celle de l'inscription, que le transfert aura lieu (2). Le C.C.S. a, ainsi, admis le principe de l'exécution effective (*Realexecution*) en matière d'actes juridiques portant sur des immeubles, principe qui n'était pas admis dans tous les cantons (3).

148. Tout ceci est fort intéressant, car nous voyons là une transaction, imposée sans doute par la diversité des législations suisses antérieures au Code civil, entre le principe de la vente française et celui de la vente romaine. Le texte allemand de l'art. 665, al. 1 (4), diffère du texte français, et paraît plus conforme à l'idée de la vente génératrice d'une simple obligation personnelle. Mais la fin de l'alinéa 1 est la même dans les textes français et allemand, et l'acquéreur finit par devenir propriétaire, au moyen d'un jugement qui sera ici translatif de la propriété, et non pas seulement déclaratif de droits.

Du reste, pour obtenir ce jugement, l'acquéreur doit offrir l'exécution « trait pour trait » du contrat, à moins qu'il n'y ait terme (5). C'est, pratiquement, notre droit de rétention, admis ici par le droit suisse en termes plus généraux et plus précis que par le droit français (6).

Dans les autres cas, prévus par l'art. 656, al. 2, c'est-à-dire dans les

(1) Art. 665 C.C.S. : «Celui qui est au bénéfice d'un titre d'acquisition peut exiger que le propriétaire fasse opérer l'inscription; en cas de refus, il peut demander au juge l'attribution du droit de propriété.

« L'occupation, l'héritage, l'expropriation, l'exécution forcée et le jugement autorisent l'acquéreur à réclamer l'inscription de son chef.

« Les mutations résultant du régime matrimonial sont portées d'office au registre foncier dès qu'elles ont été inscrites au

registre des régimes matrimoniaux et publiées. »

(2) Wieland. *Droits réels*, art. 665, n° 2.

(3) Wieland. *Ibid.*

(4) Traduction Wieland. *Droits réels*, art. 665, note 1 sous le texte français : « Le titre acquisitif donne à l'acquéreur le droit d'intenter au propriétaire une action personnelle, dans le but de faire opérer l'inscription. »

(5) Code suisse des obligations, art. 82.

(6) Voir *infra*, nos 1171 et ss.

cas d'occupation, succession, expropriation, adjudication, exécution forcée, la propriété est acquise de suite, avant l'inscription, et c'est de son chef que l'acquéreur réclamera l'inscription (1).

149. Pour en revenir à la vente, qui est le plus important des contrats immobiliers, nous résumerons la notion suisse en disant que le Code suisse a admis la vente comme simplement génératrice d'obligations, et non translatrice de propriété, et que le transfert de propriété exige un acte analogue à la tradition, et consistant dans l'inscription, ce qui nécessite un nouveau consentement de l'aliénateur, consentement auquel un jugement peut suppléer. Mais jusqu'à cette inscription, ou jusqu'à ce jugement, l'aliénateur reste propriétaire, et peut disposer de son droit en faveur d'un autre, en s'exposant à des dommages-intérêts, mais en transférant valablement la propriété. Ainsi, la grande conquête juridique, moins importante en réalité qu'en apparence (2), commencée par Grotius, Pufendorf, Laurière, Loysel, Domat, achevée par le Code civil français (3), est abandonnée presque entièrement par le Code suisse. Nous en revenons, dans ce Droit récent, au système romain de la vente génératrice de simples obligations personnelles, et nécessitant, pour le transfert de la propriété, un nouveau consentement ou un jugement équivalent, et une formalité, l'inscription, qui remplace la tradition romaine.

Il faut bien reconnaître que la réforme était préparée. Déjà, en France, la loi du 23 mars 1855, en disposant que le droit de l'acquéreur ne serait opposable aux tiers qu'après la transcription, avait considérablement diminué la valeur du principe d'après lequel le seul consentement suffisait à transférer la propriété.

150. En matière de vente mobilière, nous voyons un fait analogue. En Suisse (4), la mise en possession, qui est une tradition, est nécessaire au transfert de la propriété mobilière. En France, le consentement suffit, sous réserve des règles de l'art. 2279 C.C.F., et des règles de la preuve. Mais la pratique française a imaginé les ventes à tempérament (mobiliers vendus à de petits ménages, automobiles et meubles divers vendus à des revendeurs, etc.) accompagnées de clauses de location, ou de clauses réservant au vendeur la propriété jusqu'à complet paiement. En droit civil, ces clauses sont reconnues, en général, valables (5). C'est là

(1) C.C.S., art. 665, al. 2.

(2) *Suprà*, n° 131.

(3) C.C.F., art. 711, 938, 1138, 1583.

(4) C.C.S., art. 714 : « La mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière.

« Celui qui, étant de bonne foi, est mis à

titre de propriétaire en possession d'un meuble en acquiert la propriété, même si l'auteur du transfert n'avait pas qualité pour l'opérer; la propriété lui est acquise dès qu'il est protégé selon les règles de la possession. »

(5) Voir Baudry-Lacantinerie et Saignat. — Vente, n° 11.

une manière d'empêcher le consentement de transférer la propriété.

Nous voyons ici que les notions juridiques apparues comme un progrès et une conquête de l'esprit humain et de la raison, et comme les plus pratiques, peuvent disparaître et être remplacées par d'anciennes notions, abandonnées pour toujours et tombées en désuétude, semblait-il. C'est un exemple important de l'évolution du droit, et de son retour au passé. Cet exemple montre, d'une manière frappante, combien il serait vain de vouloir créer une législation immuable, et combien il est vrai que le texte écrit est fatalement destiné à céder à la coutume.

151. Les législateurs suisses ont été guidés ici par le Code civil allemand. L'art. 873 de ce Code exige, en effet, pour l'aliénation d'un immeuble, ou pour qu'il soit grevé d'un droit réel, d'une part l'accord des volontés, d'autre part l'inscription au Livre foncier. Le même article, dans son alinéa final, exige, pour que les parties elles-mêmes soient liées par leurs accords, une déclaration notariée ou judiciaire, ou une déclaration devant le bureau foncier, ou enfin que l'ayant-droit ait remis à l'autre partie son consentement à l'inscription. La vente est donc ici, même entre les parties, un contrat solennel.

152. Si nous abandonnons un instant la question du transfert de la propriété, pour nous occuper seulement des obligations du vendeur, nous trouvons les principes posés dans l'art. 483 du Code allemand, analogue à l'art. 184 du Code suisse des Obligations. Dans les deux législations, la vente oblige le vendeur à délivrer la chose et à procurer la propriété. L'art. 1582 du Code français est moins net, et ne parle que de l'obligation de livrer la chose. Mais la doctrine courante ⁽¹⁾, après Pothier et Bourjon, admet que la délivrance doit être faite à titre de propriétaire. Les trois codes, français, allemand et suisse, se rencontrent ici. Ils s'écartent donc de la notion romaine où, d'après la doctrine habituellement admise, le vendeur devait simplement *vacuam possessionem tradere*. Il est vrai que de nombreux auteurs contestent cette opinion et, s'appuyant sur divers textes, estiment que le vendeur devait rendre l'acheteur propriétaire. Nous n'avons pas à prendre parti dans cette discussion ⁽²⁾.

153. Revenant à la question du transfert de la propriété, nous trouvons que la solution du Code allemand est la même que celle du Code suisse. Ni le consentement, ni le contrat parfait de vente, n'ont le pouvoir de transférer la propriété. Nous retrouvons ici la vente romaine.

(1) Planiol, II, n° 1353. Cf. Baudry-Lacantinerie et Saignat. Vente, n° 286 — *contrà* : Guillaouard, 3^e éd., I, n° 205.

(2) Voir Code civil allemand, édition cri-

tique du Comité de lég. étrangère. Imprimerie Nationale. Note sur l'art. 433. Cf. Windscheid II, n°s 318 et 389; Brinz, II, § 280.

L'art. 433 du Code allemand exige, pour que le droit soit transféré, une formalité extérieure variable suivant les cas. Pour les immeubles, l'art. 433 C.C.A. exige tout d'abord un acte notarié ⁽¹⁾, ou judiciaire, ou encore que l'acte ait été suivi d'investiture et d'inscription sur le Registre foncier. L'art. 873 C.C.A. précise ces conditions, en indiquant les formes à suivre. Pour les meubles, l'art. 929 C.C.A. ⁽²⁾ exige la tradition avec accord de volonté pour le transfert. La tradition *brevi manu* suffit, si l'acquéreur est déjà en possession. Le constitut possessoire suffit également, quand le propriétaire convient de détenir désormais le meuble pour l'acquéreur ⁽³⁾.

En résumé, le Code suisse, comme le Code allemand, a abandonné la notion du transfert de propriété par le seul consentement.

§ 5. Prescription en matière immobilière.

154. Le Code civil suisse, comme le Code civil français, connaît, en matière immobilière, une prescription décennale et une prescription trentenaire ⁽⁴⁾, dont les conditions de fonctionnement sont parallèles à celles du Code français. Mais il a fallu les combiner avec l'institution du Registre foncier, ce qui amène entre les deux législations des différences profondes.

155. Pour que la prescription de 10 ans puisse produire ses effets, il faut, comme en droit français, la possession, la bonne foi, et quelque chose qui appuie la possession. En Droit français, ce sera le juste titre. En Droit suisse, ce sera l'inscription au Registre foncier, inscription sans cause légitime, c'est-à-dire inscription obtenue sans droit, ou en vertu d'un titre juridique annulable ⁽⁵⁾. MM. Rossel et Mentha ⁽⁶⁾ citent le cas où le contrat de vente n'a pas été passé en la forme authentique, et les cas où la vente émane d'un incapable, d'une personne privée de discernement, le cas où le consentement a été vicié. Dans ces divers cas, le vendeur ou ses

(1) Cf. Code suisse des Obligations, art. 216.

(2) Cf. C.C.S., art. 714.

(3) C.C.A., art. 930.

(4) C.C.S., art. 661 : « Les droits de celui qui a été inscrit sans cause légitime au registre foncier comme propriétaire d'un immeuble ne peuvent plus être contestés lorsqu'il a possédé l'immeuble de bonne foi, sans interruption et paisiblement pendant dix ans. »

Art. 662 : « Celui qui a possédé pendant trente ans sans interruption, paisiblement et comme propriétaire, un immeuble non immatriculé, peut en requérir l'inscription à titre de propriétaire. »

« Le possesseur peut, sous les mêmes con-

ditions, exercer le même droit à l'égard d'un immeuble dont le registre foncier ne révèle pas le propriétaire ou dont le propriétaire était mort ou déclaré absent au début du délai de trente ans. »

« Toutefois, l'inscription n'a lieu que sur l'ordre du juge et si aucune opposition ne s'est produite pendant un délai fixé par sommation officielle, ou si les oppositions ont été écartées. »

Art. 663 : « Les règles admises pour la prescription des créances s'appliquent à la computation des délais, à l'interruption et à la suspension de la prescription acquisitive. »

(5) C.C.S., art. 661-974.

(6) Rossel et Mentha, II, p. 38.

ayants-droit pourraient, sauf les droits des tiers acquéreurs de bonne foi, revendiquer l'immeuble et faire radier l'inscription. Mais alors, l'acquéreur pourra invoquer la prescription décennale de l'art. 661 C.C.S., pourvu qu'il ait possédé sans interruption, et de bonne foi. La bonne foi doit être continue, c'est-à-dire que, pendant les dix ans, l'acquéreur doit avoir ignoré les vices de son titre. Au contraire, en Droit français (C.C.F., art. 2269) il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition. Le Droit français, sans raison impérieuse, était revenu aux principes romains ⁽¹⁾, abandonnant la doctrine de Pothier ⁽²⁾, et les règles du droit canonique ⁽³⁾. Le Droit suisse paraît mieux inspiré en adoptant la règle contraire.

Comme en Droit français ⁽⁴⁾, la prescription décennale rétroagit. C'est ce qu'il est permis d'inférer de l'art. 661 C.C.S. qui dispose en ce sens, en termes heureux, quoique un peu détournés, en disant qu'une fois cette prescription acquise, les droits de celui qui a été inscrit comme propriétaire « ne peuvent plus être contestés ». Par cette formule négative, le législateur décide que l'inscription produit désormais les mêmes effets que si elle était légitime.

156. Le Code suisse appelle ⁽⁵⁾ la prescription de trente ans « prescription extraordinaire ». Cette prescription se réalisera dans deux cas distincts. D'abord elle se réalisera lorsqu'un fonds n'aura pas été immatriculé au Registre foncier, ce qui sera rare, et ne se produira qu'à la suite d'une erreur, ou d'une omission lors de l'établissement du Registre; omission qui peut se produire dans certaines régions montagneuses d'un accès difficile, où pourront exister même des biens sans maître, dont l'omission au Registre pourra être volontaire ⁽⁶⁾, et qui pourront devenir importants, par exemple par suite de la découverte d'une mine.

En ce cas, après trente ans de possession ininterrompue, sans condition de bonne foi, le possesseur pourra réclamer l'immatriculation de son nom.

157. Le second cas est celui où le registre foncier ne révèle pas quel est le propriétaire. S'il s'agit d'une inscription radiée, MM. Rossel et Mentha ⁽⁷⁾ font observer qu'il n'y a plus de propriétaire, l'immeuble est devenu

(1) Girard. *Dr. rom.*, 5^e éd., p. 306; voir les réserves à faire, note 4.

(2) Pothier, *Prescription*, n^o 34.

(3) Concile de Latran de 1215.

(4) Planiol, I, n^o 2708.

(5) C.C.S., art. 662 et note marginale (rapelons que les notes marginales font partie du texte officiel).

(6) Cf. C.C.S., art. 664 et 944. Cf. Rossel et Mentha, I, p. 41. Nous ne traitons pas dans cet ouvrage des choses sans maître et des biens du domaine public, qui sont régis par l'art. 664 C.C.S. et présentent peu d'intérêt dans une étude sur le droit immobilier privé.

(7) Rossel et Mentha, I, p. 39.

chose sans maître, et c'est par l'occupation déjà que l'on devient propriétaire (1). Il s'agira plutôt du cas où le propriétaire est mort ou déclaré absent, et où ses héritiers ne se sont pas fait inscrire à sa place. En ces cas, l'inscription n'a lieu que sur l'ordre du juge. La loi prévoit une sommation officielle et un délai d'opposition. La demande du possesseur est dirigée contre le conservateur du Registre, soit contre le canton. La déclaration du juge est une simple reconnaissance du droit de propriété; elle n'est donc pas attributive du droit, mais déclarative.

158. Dans le Droit allemand, l'acquisition par usucapion devait être restreinte aux choses mobilières, d'après le premier projet (2). L'usucapion, en matière mobilière, est traitée par les art. 937 et ss. C.C.A. Dans le texte définitif, l'usucapion a été admise également en matière immobilière, par les art. 900, 901 et 902. La prescription acquisitive de l'art. 900 est à remarquer; elle a le nom de *Tabularersitzung*, soit usucapion tabulaire. Le but de l'art. 900 C.C.A. introduit dans le Code par la deuxième commission, est de « faire disparaître toute possibilité d'un désaccord permanent entre le droit du véritable propriétaire et celui du titulaire inscrit au Livre foncier » (3). Pour atteindre ce but, l'art. 900 C.C.A. décide que l'usucapion a lieu au profit de celui qui a possédé pendant trente ans, en étant inscrit au Livre foncier comme propriétaire, pourvu qu'aucun contredit ne soit inscrit au Livre foncier. C'est le cas de la prescription ordinaire de l'art. 661 C.C.S., avec cette différence que le délai est de trente ans au lieu de dix, mais que la bonne foi n'est pas exigée. Cette prescription s'applique aussi aux autres droits immobiliers touchant à la possession ou à l'utilisation de l'immeuble (4), pour lesquels la possession sera remplacée par l'exercice du droit (5).

159. L'art. 900 C.C.A., en cherchant à éviter toute contradiction entre le Livre foncier et la situation véritable, n'a fait que suivre le principe général, énoncé notamment dans l'art. 873 C.C.A., de l'autorité légale du Livre foncier. Mais il y déroge, semble-t-il, par l'art. 927 C.C.A., où, sous le nom de « forclusion », nous trouvons une institution ressemblant de fort près à une usucapion réalisée à l'encontre du Livre foncier. Nous pouvons rapprocher cette situation de celle qui résulte de la prescription acquisitive extraordinaire de l'art. 662 C.C.S.

(1) C.C.S., art. 658.

(2) Code civil allemand. Edition du Comité de lég. étrangère. Imp. Nationale, note sous l'art. 937 C.C.A.

(3) Ibid., note 1 sous l'art. 900 C.C.A.

(4) C.C.A., superficie, art. 1012 et ss. —

usufruit, art. 1036 — habitation, art. 1539 — emphytéose, L. introd., art. 63 — servitudes foncières, art. 1029 — servitudes personnelles, art. 1090.

(5) C.C.A., éd. du Comité de lég. étrang., art. 900, note 5.

D'après les deux textes, s'il s'agit d'un immeuble non immatriculé, la possession de trente ans donne au possesseur le droit, en Suisse, de requérir l'inscription à titre de propriétaire, en Allemagne, de faire déclarer forclos le propriétaire.

160. Si le propriétaire est mort ou déclaré absent (disparu dans le texte allemand), le possesseur de trente ans pourra se faire immatriculer en Suisse, par ordre du juge, après les sommations prévues par la loi, et, en Allemagne, il pourra introduire la procédure provocatoire pour faire déclarer le propriétaire forclos. Il faudra donc, dans les deux législations, faire la preuve que le propriétaire est mort, déclaré absent ou disparu. Il y a, du reste, une divergence entre les deux législations : en Suisse, il faut que le propriétaire immatriculé soit mort ou déclaré absent au début de la possession de trente ans; en Allemagne, il suffit que la possession soit de trente ans, que le propriétaire immatriculé soit mort ou disparu à une époque quelconque, et n'ait pas donné au Livre foncier signe de vie depuis trente ans.

161. Est-ce une véritable usucapion, à l'encontre du Livre foncier, qu'a admis l'art. 927 C.C.A. ? Cela n'est pas entièrement sûr. Si le jugement rendu sur la procédure provocatoire est un jugement de déchéance, il est permis de penser que ce jugement est attributif, et non déclaratif du droit de propriété. La différence avec l'usucapion serait donc l'absence de rétroactivité. Mais si la jurisprudence allemande vient à admettre la rétroactivité, en ce cas, sous le nom de forclusion, le Code allemand a admis une véritable usucapion à l'encontre du Livre foncier ⁽¹⁾.

162. Si nous comparons le Droit français avec le Droit suisse et le Droit allemand, nous retrouvons, dans la matière de l'usucapion, la différence générale qui provient de l'institution, en Suisse et en Allemagne, du Registre et du Livre fonciers, tandis que la France a conservé le régime immobilier fondé sur l'occupation, la possession, et la preuve par possession ou titres de propriété antérieurs ou préférables à ceux du défendeur ⁽²⁾. L'usucapion française, avec sa prescription décennale moyennant juste titre et bonne foi, et sa prescription trentenaire fondée sur la seule possession conforme à la loi, est plus large que celle des législations suisse et allemande. Le Droit français a pour fondement des notions théoriques : consolidation de la possession, et nécessité d'ordre public de donner la qualité de propriétaire à celui qui a possédé pendant un certain laps de

(1) L'édition du C.C.A. publiée par le Comité de lég. étrangère ne s'explique pas sur ce point.

(2) Voir Levy. *Sur l'idée de transmission de droits (à propos de la preuve de la propriété immobilière)*.

temps (1). Les Droits suisse et allemand ont pour fondement le *Registre* et le *Livre foncier*, créations artificielles du *Droit écrit*, et leur *usucapion* se ressent de cette différence. Ils se préoccupent surtout de faire accorder la situation juridique avec les registres publics, préoccupation qui n'existe pas en France.

163. Il est intéressant de remarquer que le *Droit romain*, à mesure qu'il évoluait vers ce que l'on croyait le progrès, se dépouillait peu à peu du formalisme, et diminuait l'importance des preuves et institutions formelles, pour ne rechercher que l'équité, recherchée par tous moyens. Si c'était là un progrès, il faudrait conclure que les nouvelles législations suisse et allemande ont rétrogradé, en mêlant à la question de possession durable celle de la tenue d'un registre officiel.

§ 6. *Perte de la propriété immobilière.*

164. L'art. 666 (2) du Code suisse indique la perte totale de la chose comme entraînant l'extinction du droit de propriété. Il est inutile d'examiner longuement ce cas. Le même texte indique la radiation de l'inscription comme entraînant extinction de la propriété foncière. Lorsque cette extinction est accompagnée d'un transfert, et de l'inscription d'un nouveau propriétaire, il n'y a pas de difficulté. Mais, en outre, il y a là (3) un moyen, pour le propriétaire, d'abandonner sa propriété par sa seule volonté, en faisant radier son inscription. C'est la *derelictio*, admise pour les meubles par l'art. 729 C.C.S. En France, la *derelictio* existe, en fait, pour les meubles. Mais, pour les immeubles, l'abandon est impossible (4), par suite de l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'art. 2262 C.C.F. d'après laquelle le non-usage ne fait pas perdre la propriété par une prescription extinctive, mais permet seulement un transfert de propriété quand un tiers aura possédé la chose pendant le temps nécessaire (5).

165. L'art. 928 du Code civil allemand prévoit, comme le Code suisse, du moins tel que l'interprète M. Wieland, l'abandon du droit de propriété. Cet abandon résultera d'une déclaration que fera, au bureau foncier, le propriétaire qui a le droit de disposer de la chose. En ce cas, l'immeuble est acquis par l'Etat où il se trouve situé, si le Trésor de cet Etat se fait

(1) Cf. Planiol, I, n° 2645.

(2) Art. 666 C.C.S. : « La propriété foncière s'éteint par la radiation de l'inscription et par la perte totale de l'immeuble. »

« En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, le moment où la propriété s'éteint est déterminé par les lois spéciales de la Confédération et des cantons. »

(3) Wieland. *Droits réels*, art. 666, n° 1.

(4) Cf. Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Biens*, n° 203. Baudry-Lacantinerie et Tisier. *Prescription*, n° 592.

(5) Voir Planiol, I, n° 2246, 2447. Aubry et Rau VIII, § 772.

Contrà concl. de M. l'avocat général Robinet de Cléry et note de M. Beudant sous Cass. 5 mai 1879. D. 80. 1. 145.

inscrire comme propriétaire. L'abandon, une fois déclaré au bureau foncier, est irrévocable, même avant l'inscription au profit de l'Etat, même avant qu'il soit inscrit au Livre foncier (1).

§ 7. Effets de la propriété immobilière.

166. a) *Etendue de la propriété au point de vue matériel.* L'art. 667 C.C.S. (2) décide que « la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous, dans toute la hauteur et la profondeur utiles à son exercice ». Cette formule est plus restreinte, que celle de l'art. 552 C.C.F. Elle est plus conforme aux nécessités modernes (tunnels, câbles de transport de force électrique, navigation aérienne). L'idée, poussée à ses extrêmes conséquences, et étendue au domaine du droit international public, finirait peut-être par aboutir à considérer l'espace aérien élevé comme ne dépendant plus de la souveraineté de l'Etat au-dessus duquel il se trouve, et à l'assimiler à la haute mer.

167. L'art. 905 C.C.A. est ainsi conçu : « La propriété d'un immeuble emporte celle du dessus et du dessous. Néanmoins le propriétaire ne peut s'opposer à ce qui se fait à une telle profondeur ou à une telle hauteur qu'il n'a aucun intérêt à l'empêcher. » Pratiquement, la solution revient au même que celle du Droit suisse. Mais il y a une différence de principe sérieuse (3) : en Suisse, le Droit de propriété s'arrête là où il ne peut plus s'exercer. En Allemagne il subsiste, mais le propriétaire, faute d'intérêt, est sans action pour empêcher les actes qu'il ne peut empêcher. La notion allemande, transportée dans le droit international public, laisse à l'Etat sa souveraineté sur le domaine aérien.

168. En ce qui concerne les limites des immeubles, l'art. 668 C.C.S. (4) donne la préférence au plan, qui accompagne le Registre foncier, et en fait partie, sur les signes matériels existant sur le terrain. Le plan est théoriquement immuable, les signes de démarcation sur le terrain peuvent disparaître ou être déplacés ; il est donc naturel qu'en cas de désaccord, le plan soit préféré.

Nous n'insisterons pas sur l'obligation au bornage de l'art. 669 C.C.

(1) C.C.A., éd. de la Commission de lég. étrangère, art. 928, note 2.

(2) Art. 667 C.C.S. : « La propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous, dans toute la hauteur et la profondeur utiles à son exercice. »

« Elle comprend, sous réserve des restrictions légales, les constructions, les plantations et les sources. »

(3) Cf. de Jhering. *Œuvres choisies*, trad. de Meulenaere, II. *Restrictions de la propriété foncière*, pp. 103 et ss.

(4) Art. 668 C.C.S. : « Les limites des immeubles sont déterminées par le plan et par la démarcation sur le terrain. »

« S'il y a contradiction entre les limites du plan et celles du terrain, l'exactitude des premières est présumée. »

S. (1), à rapprocher de l'art. 646 C.C.F., ni sur la présomption de mitoyenneté des clôtures de l'art. 670 (2), à rapprocher des art. 653 et ss. du Code civil français.

169. Les art. 671, 672 et 673 (3) du Code suisse traitent des constructions sur autrui. C'est l'hypothèse prévue par les art. 554 et 555 du Code français. En France, le constructeur de bonne foi ne peut pas être condamné à enlever ses matériaux, et doit être indemnisé, au choix du propriétaire, du montant de la plus-value, ou du montant des matériaux et de la main-d'œuvre. Le constructeur de mauvaise foi recevra la valeur des matériaux et de la main-d'œuvre, à moins que le propriétaire ne préfère exiger l'enlèvement des constructions, avec dommages-intérêts, le cas échéant. D'autre part celui qui a construit sur un fonds avec les matériaux d'autrui ne peut être contraint de démolir, mais doit payer la valeur des matériaux, et, le cas échéant, des dommages-intérêts. Les plantations sont régies, en France, par les mêmes règles. Malgré certaines opinions divergentes (4), la jurisprudence française décide, en général, que l'art. 555 s'applique aux constructions et plantations faites par des détenteurs et possesseurs temporaires ou précaires : locataire, fermier, emphytéote. Pour l'usufruitier, l'art. 599 C.C.F. pose des règles spéciales.

Au contraire, les art. 671 à 673 du Code suisse, étendus aux plantations par l'art. 678 (5) ne s'appliquent, selon MM. Rossel et Men-

(1) Art. 669 C.C.S. : « Lorsque les limites sont incertaines, chaque propriétaire est tenu, à la réquisition du voisin, de prêter son concours en vue de les fixer soit par la rectification du plan, soit par la démarcation sur le terrain. »

(2) Art. 670 C.C.S. : « Les clôtures servant à la démarcation de deux immeubles, telles que murs, haies, barrières, qui se trouvent sur la limite, sont présumées appartenir en copropriété aux deux voisins. »

(3) C.C.S., art. 671 : « Lorsqu'un propriétaire emploie les matériaux d'autrui pour construire sur son propre fonds, ou qu'un tiers emploie ses propres matériaux sur le fonds d'autrui, ces matériaux deviennent partie intégrante de l'immeuble.

« Toutefois, si les matériaux ont été employés sans l'assentiment de leur propriétaire, celui-ci peut les revendiquer et en exiger la séparation aux frais du propriétaire du fonds, pourvu qu'il n'en résulte pas un dommage excessif.

« Si la construction a été faite contre la volonté du propriétaire du fonds, il peut exiger sous la même réserve, que les matériaux soient enlevés aux frais du constructeur. »

Art. 672 : « Lorsque la séparation n'a pas lieu, le propriétaire du fonds est tenu de payer

pour les matériaux une indemnité équitable.

« Si les constructions ont été faites de mauvaise foi par le propriétaire du fonds, il peut être condamné à la réparation intégrale du dommage.

« Si elles ont été faites de mauvaise foi par le propriétaire des matériaux, l'indemnité pourra ne pas excéder la valeur minimale des constructions pour le propriétaire du fonds. »

Art. 673 : « Si la valeur des constructions excède évidemment celle du fonds, la partie qui est de bonne foi peut demander que la propriété du tout soit attribuée au propriétaire des matériaux, contre paiement d'une indemnité équitable. »

(4) Voir les discussions dans Planiol I, nos 2736 et 2870. D. Rep. v. Usufruit, nos 746 et 747. Sup. nos 328-329. Aubry et Rau, II, § 235, p. 524 et §§ 204 et 264, note 23.

(5) C.C.S., art. 678 : « Si quelqu'un a mis dans son fonds des plantes appartenant à autrui ou ses propres plantes dans le fonds d'un tiers, les intéressés ont les mêmes droits et obligations que dans le cas de constructions élevées avec des matériaux étrangers ou de constructions mobilières.

« Il est interdit de constituer un droit de superficie sur des plantes ou des forêts. »

tha ⁽¹⁾, qu'aux tiers constructeurs sans lien juridique avec le propriétaire, et ne s'appliquent donc pas au fermier, locataire, usufruitier. Leur champ d'application est donc plus restreint que celui des textes français.

170. Quand il s'agit des matériaux d'autrui employés par le propriétaire du sol, la règle, en Suisse, est qu'ils deviennent partie intégrante de l'immeuble. Mais le propriétaire des matériaux, outre son droit à indemnité, peut en exiger la séparation, pourvu qu'il n'en résulte pas un dommage excessif.

Dans l'intérêt, qui touche à l'ordre public, de la conservation des constructions et plantations, il semble que la règle de l'art. 554 C.C.F. est préférable, et qu'il vaut mieux ne jamais autoriser la séparation des matériaux ⁽²⁾.

171. Lorsqu'il s'agit d'une construction ou plantation faite sur le fonds d'autrui, le propriétaire, en Suisse, peut exiger leur enlèvement, pourvu, également, qu'il n'en résulte pas un dommage excessif. Si la séparation n'a pas lieu, il y a naturellement une action en indemnité. Si le propriétaire du fonds a fait les constructions, de mauvaise foi, avec les matériaux d'autrui, il peut être condamné à la réparation intégrale. Si c'est le propriétaire des matériaux qui, de mauvaise foi, a construit sur autrui, l'indemnité qui lui sera versée peut être de la « valeur minimale » que présentent les constructions pour le propriétaire du fonds. Cette valeur minimale paraît être la plus-value, qui peut être nulle, ou insignifiante, même si la construction a été coûteuse. Cette règle est préférable aux règles françaises qui aboutissent à traiter le constructeur de mauvaise foi mieux que le constructeur de bonne foi ⁽³⁾.

172. L'art. 673 C.C.S. décide, en outre, que, si la valeur des constructions excède évidemment celle du fonds, le constructeur de bonne foi peut demander l'attribution des fonds contre indemnité. Cette disposition, qui est pratique, heurte absolument la notion traditionnelle française de la propriété, telle qu'elle existe encore en Droit civil.

173. En cas d'empiètement d'une construction sur le fonds d'autrui, il n'y a pas de difficulté. Si l'empiètement est fait en vertu d'un droit réel, la partie qui empiète appartient au propriétaire du fonds dominant (C.C.S., art. 674) ⁽⁴⁾. Il en est de même en France, par exemple en cas

(1) Rossel et Mentha, II, p. 48.

(2) Cf. le Droit romain. Action *de tigno juncto*. XII Tables 6, 7 — Paul D. 6. 1. De R. V. 23, 6 — D. 47. 3. *De tigno juncto* 1 — voir Girard. *Droit romain*, 5^e éd., p. 331-332.

(3) Cette anomalie provient d'une rédaction

hâtive et défectueuse de l'art. 555 C.C.F. Voir Planiol I, n° 2728.

(4) C.C.S., art. 674 : « Les constructions et autres ouvrages qui empiètent sur le fonds voisin restent partie intégrante de l'autre fonds, lorsque le propriétaire de celui-ci est au bénéfice d'un droit réel. »

de servitude de saillie. S'il n'y a pas de droit réel, le constructeur de mauvaise foi devra démolir. Il en est de même en France, selon la jurisprudence, et en Allemagne, par argument *a contrario* tiré de l'art. 912 C.C.A., qui remplace la mauvaise foi par la préméditation et la faute lourde.

174. Mais, en Suisse, si le constructeur de l'empiétement est de bonne foi, et si le propriétaire, au courant de la situation, ne s'y est pas opposé en temps utile, le constructeur conservera son empiétement, soit à titre de droit réel, soit à titre de propriété, moyennant indemnité.

Le constructeur pourra faire inscrire son empiétement au Registre foncier. Cette inscription, d'après le texte, semble facultative, ce qui est contraire aux principes du Registre foncier.

175. Dans le système allemand ⁽¹⁾, quand il n'y a pas préméditation ou faute lourde, ni opposition du propriétaire sur lequel porte l'empiétement, celui-ci doit subir la saillie, contre paiement d'une rente, tant que la saillie existe, et sans qu'il soit besoin d'une mention au Livre foncier. Le constructeur n'a donc qu'un droit réel et n'acquiert pas la propriété du terrain, comme le fait peut se produire en Suisse. Mais le propriétaire peut exiger le transfert de la propriété du terrain au constructeur, contre indemnité. En ce cas, naturellement, la rente s'éteint.

176. b) *Responsabilité du propriétaire*. L'art. 679 C.C.S. ⁽²⁾, appliquant le principe déjà posé par les art. 67 et 68 du Code des obligations, ancien texte, devenus les art. 58 et 59 du nouveau texte, donne à tout intéressé, propriétaire, voisin, fermier, locataire ou autres, une action contre le propriétaire qui excède son droit. Cette action tendra à faire remettre les choses en état, ou à exiger des mesures pour l'avenir, et, le cas échéant, à l'allocation de dommages-intérêts. En France, et sauf les cas de fautes personnelles, où les art. 1382 et ss. permettent à tout intéressé d'agir, le propriétaire seul peut se plaindre des atteintes ou menaces à sa propriété. Par exemple, le fermier, pour faire cesser les atteintes ou menaces provenant des abus du propriétaire voisin, doit passer par l'intermédiaire de son propriétaire ⁽³⁾, ce qui complique inutilement l'action.

177. Le Code allemand pose le principe de la *cautio damni infecti* en termes moins généraux que le Code suisse. Les art. 908 et 909 donnent au propriétaire, et peut-être à l'usager ⁽⁴⁾ le droit d'agir contre le proprié-

(1) C.C.A., art. 912 à 916.

(2) C.C.S., art. 679 : « Celui qui est atteint ou menacé d'un dommage parce qu'un propriétaire excède son droit, peut actionner ce propriétaire pour qu'il remette les choses en l'état ou prenne des mesures en vue d'écar-

ter le danger, sans préjudice de tous dommages-intérêts. »

(3) Cf. Planiol I, n° 2316.

(4) C.C.A., éd. du Comité de lég. étrang. Impr. Nat., art. 908, note.

taire ou tout autre responsable ⁽¹⁾, quand l'immeuble est menacé par la ruine imminente du bâtiment voisin, ou par des fouilles dangereuses.

178. c) *Restrictions de la propriété immobilière*. Il s'agit ici des rapports de voisinage, immédiat ou non, et de certaines obligations conventionnelles ou légales restreignant la propriété et notamment le droit d'en disposer juridiquement.

Les art. 680 à 683 ⁽²⁾ traitent d'abord de ces dernières restrictions, droit de préemption, emption, réméré.

179. Le droit de préemption est un droit réel quand il est annoté au Registre foncier. Le propriétaire est tenu d'aviser le titulaire du droit, en cas de vente. Le titulaire perd son droit un mois après le jour où il a connu la vente, et, en cas d'annotation au Registre foncier, après l'expiration du délai fixé par l'annotation, et au plus tard, dix ans après l'annotation.

180. En France, le droit de préemption ne sera opposable au tiers acquéreur que s'il résulte d'un titre transcrit.

En Allemagne ⁽³⁾, le droit de préemption peut, de même, être personnel ou réel.

181. L'art. 682 du Code suisse crée un droit de préemption légal, donc même sans inscription ⁽⁴⁾, au profit des copropriétaires, contre tout tiers acquéreur d'une quote-part de l'immeuble indivis.

182. Nous avons déjà ⁽⁵⁾ rapproché ce texte de l'institution française du retrait successoral. Mais il ne s'agit pas ici de retrait successoral, et le rapprochement que nous avons fait de l'art. 682 C.C.S. et de l'art. 2034 C.C.A. ⁽⁶⁾ n'est relatif qu'au but poursuivi par les législateurs. En Allemagne, c'est le cohéritier qui a un droit de préemption contre celui qui acquiert la part de son cohéritier. En Suisse, c'est le copropriétaire d'un

(1) *Ibid.*

(2) C.C.S., art. 680 : « Les restrictions légales de la propriété existent sans qu'il y ait lieu de les inscrire au registre foncier.

« Elles ne peuvent être supprimées ou modifiées que par un acte authentique et une inscription.

« Les restrictions établies dans l'intérêt public ne peuvent être modifiées, ni supprimées. »

Art. 681 : « Lorsqu'un droit de préemption est annoté au registre foncier, il subsiste contre tout propriétaire pour le temps fixé dans l'annotation et aux conditions indiquées dans le registre; si le registre n'indique pas de conditions, celles de la vente au défendeur font règle.

« Le titulaire d'un droit de préemption doit, s'il y a vente, être avisé par le vendeur.

« Son droit cesse un mois après le jour où il a connu la vente et, dans tous les cas, dix ans à partir de l'annotation. »

Art. 682 : « Les copropriétaires ont un droit de préemption légal contre tout tiers acquéreur d'une quote-part de l'immeuble indivis. »

Art. 683 : « Lorsqu'un droit d'emption ou un droit de réméré a été annoté au registre foncier, il subsiste, pour le temps fixé dans l'annotation, contre tout propriétaire de l'immeuble.

« Les droits d'emption et de réméré cessent, dans tous les cas, dix ans après l'annotation. »

(3) C.C.A., art. 1094 et ss.

(4) C.C.S., art. 680, al. 1.

(5) *Suprà*, n° 122.

(6) Voir *Ibid.*

immeuble déterminé qui a le droit de préemption contre l'acquéreur de l'autre copropriétaire. Le Droit allemand admet indirectement l'idée, condamnée par M. Planiol (1), du retrait successoral. Le Droit suisse paraît chercher simplement à supprimer la copropriété, à éviter les complications des partages, à permettre à un copropriétaire de donner à la chose le prix d'affection qu'il y attache. Le droit de préemption suisse, différant en réalité du droit de préemption de l'art. 2034 du Code allemand (2), malgré les ressemblances des textes, échappe aux principales critiques dirigées contre le retrait successoral; si le copropriétaire trouve un tiers disposé à acquérir à de bonnes conditions, celui-ci n'a pas à craindre, en Suisse, qu'un contrat soit rompu par le retrait; il n'hésite pas à traiter. Le vendeur est simplement tenu d'offrir sa part à ses copropriétaires, qui peut-être se décideront à en offrir un prix plus avantageux.

Le Droit français ne connaît pas de droit de préemption légal.

183. Les droits d'emption et de réméré, d'après l'article 683 du Code civil suisse, existent comme droits réels, opposables à tout propriétaire de l'immeuble, mais pour une durée maxima de dix ans après l'annotation au Registre foncier.

184. Le droit d'emption paraît, à première vue, rappeler la promesse unilatérale de vente du Droit français. En réalité, il existe entre eux une différence essentielle, c'est que la promesse unilatérale de vente n'engendre qu'une obligation personnelle (3), d'où il résulte que la promesse ne sera pas opposable aux tiers acquéreurs, tandis que le droit d'emption, une fois annoté au Registre foncier, paraît être opposable aux tiers acquéreurs, notamment après vente sur saisie (4).

185. Le réméré, également visé par l'art. 683 C.C.S., ressemble au réméré du Droit français (5). Tous deux, dûment publiés, sont opposables aux tiers. En France, la faculté de rachat est d'une durée maxima de cinq ans. En Suisse elle est de dix ans au maximum. En Allemagne (6), le réméré peut être stipulé pour trente ans, ce qui rend la propriété incertaine pendant une durée beaucoup trop longue.

186. Nous arrivons maintenant aux restrictions de la propriété immobilière, fondées sur les droits des voisins; cette matière est traitée par les articles 684 à 712 du Code suisse (7). Le principe est posé par l'art.

(1) Planiol, III, n° 2444.

(2) Cf. sur le droit de préemption général et conventionnel, art. 1094 à 1104 C.C.A.

(3) Cass. 26 mai 1908. D. 09. 1. 425. S. et P. 09. 1. 327.

(4) Cf. Rossel et Mentha, T. II, p. 62.

(5) C.C.F., art. 1659 à 1673.

(6) C.C.A., art. 503.

(7) Nous ne reproduisons que les textes généraux. C.C.S., art. 684 : « Le propriétaire est tenu, dans l'exercice de son droit, spécialement dans ses travaux d'exploitation industrielle, de s'abstenir de tout excès au détriment de la propriété du voisin.

684, qui ordonne au propriétaire de s'abstenir de tout excès au détriment de la propriété du voisin; les exemples cités, fumée, bruit, ne sont pas limitatifs.

187. En ce qui concerne les distances à observer pour les fouilles et constructions, l'art. 686 ⁽¹⁾ laisse toute liberté aux législations cantonales. L'art. 685 ⁽²⁾, al. 2 décide que, si les distances n'ont pas été respectées, il faut appliquer les règles établies en matière d'empiétement, que nous avons déjà vues ⁽³⁾.

188. Le Code civil français ne contient pas de disposition analogue à celles de l'art. 684 C.C.S. Il se borne, dans son art. 544, déjà comparé avec l'art. 641 C.C.S. ⁽⁴⁾, à disposer que le propriétaire ne doit pas faire de la chose un usage prohibé par les lois et les règlements. La jurisprudence française ⁽⁵⁾ a, du reste, admis le même principe qui a dicté l'art. 684 C.C.S. Le voisin doit supporter les inconvénients provenant de l'usage normal que fait le voisin de son droit de propriété; par contre, il n'est pas tenu de supporter les inconvénients qui dépassent ce qui est normal. En somme, la solution est laissée à l'appréciation arbitraire du juge.

Les art. 689 et 690 sont relatifs à l'écoulement naturel des eaux.

189. En outre, et indépendamment de la règle de Droit civil ainsi admise par la jurisprudence française ⁽⁶⁾, il existe de nombreuses limitations administratives du droit de propriété, basées sur une idée d'ordre et d'hygiène publique ⁽⁷⁾.

190. Le Code allemand, dans son art. 823, qui correspond, dans une certaine mesure, à l'art. 1382 C.C.F., pose le principe de la réparation de la faute, notamment lorsqu'elle a pour résultat une atteinte à la propriété d'autrui. En outre, les art. 906 à 924 C.C.A. traitent des rapports de voisinage. Dans l'ensemble, le Code allemand, outre l'action qu'il donne,

« Sont interdits en particulier les émissions de fumée ou de suie, les émanations incommodantes, les bruits, les trépидations qui ont un effet dommageable et qui excèdent les limites de la tolérance que se doivent les voisins eu égard à l'usage local, à la situation et à la nature des immeubles. »

(1) C.C.S., art. 685 : « Le propriétaire qui fait des fouilles ou des constructions ne doit pas nuire à ses voisins en ébranlant leur terrain, en l'exposant à un dommage ou en compromettant les ouvrages qui s'y trouvent. »

« Les dispositions légales concernant les empiétements sur fonds d'autrui s'appliquent aux constructions contraires aux règles sur les rapports de voisinage. »

(2) C.C.S., art. 686 : « La législation cantonale peut déterminer les distances que les

propriétaires sont tenus d'observer dans les fouilles ou les constructions. »

« Elle peut établir d'autres règles encore pour les constructions. »

(3) *Suprà*, n° 173 et ss.

(4) *Suprà*, n°s 45, 46, 51, 52.

(5) Voir Répertoire Fuzier-Hermann et Carpentier. Propriété, n°s 70 et ss.

(6) Voir la note de Sirey; ancien Sirey chron. 8. 396.

(7) Citons notamment : décr. 25 oct. 1810 sur les établissements dangereux, incommodes ou insalubres, décr. 7 mars 1808 sur le voisinage d'un cimetière, loi 13 avril 1850 sur les logements insalubres, loi 15 fév. 1902 sur les travaux d'assainissement. Arrêtés et règlements municipaux imposant un plan général d'alignement, ou réglant la hauteur des constructions urbaines, etc.

comme nous l'avons vu ⁽¹⁾, en cas de danger actuel ou imminent, distingue, comme le fait la jurisprudence française, entre les inconvénients normaux et anormaux résultant du voisinage.

Pour ne pas étendre outre mesure cette étude, et la limiter aux principes, nous ne nous arrêterons pas aux règles de détail relatives aux plantations, écoulement des eaux, aqueducs, clôtures, travaux d'amélioration, entretien des ouvrages nécessaires à l'exercice des droits de voisinage.

191. Nous examinerons sommairement la question des droits de passage et d'accès.

En cas d'enclave, le passage est dû au propriétaire enclavé dans les trois législations française, suisse et allemande.

192. Les dispositions de l'art. 694 C.C.S. ⁽²⁾ ressemblent de fort près à celles du Code français, art. 682 à 685. Dans le Code allemand (art. 917 C.C.A.) le propriétaire sur le fonds duquel est pris le passage a droit à une rente, mais il peut imposer à l'autre l'achat du terrain soumis au passage, comme nous l'avons vu en matière d'empiétement ⁽³⁾.

193. La loi suisse (art. 695 C.C.S.) donne à la législation cantonale la faculté de permettre aux voisins de passer les uns sur les autres pour réparation, construction, exploitation de leur propriété. Elle peut aussi régler les droits d'abreuvoir, charroi, passage en saison morte, dévalage (traînage des bois abattus). En France, ces divers droits n'existent pas légalement. Dans chaque cas, les tribunaux appliquent le droit commun ⁽⁴⁾. Il en résulte une quantité de petits procès de servitude et de voisinage, spécialement dans les pays de montagne, où l'exploitation des propriétés est particulièrement difficile.

Etant donnée la diversité de la configuration physique du sol dans les divers cantons suisses, le législateur fédéral a été bien inspiré en laissant aux cantons le pouvoir de légiférer séparément sur cette matière. Peut-être aussi a-t-il été bien aise de laisser à d'autres le soin de répondre à ces questions si délicates de voisinage.

194. Il n'y a pas lieu ⁽⁵⁾ d'inscrire au Registre foncier les droits de passage directement établis par la loi, sauf lorsqu'ils seront permanents,

(1) *Suprà*, 176 et ss.

(2) C.C.S., art. 694 : « Le propriétaire qui n'a qu'une issue insuffisante sur la voie publique peut exiger de ses voisins qu'ils lui cèdent le passage nécessaire, moyennant pleine indemnité. »

« Ce droit s'exerce en premier lieu contre le voisin à qui le passage peut être le plus naturellement réclamé en raison de l'état antérieur des propriétés et des voies d'accès,

et, au besoin, contre celui sur le fonds duquel le passage est le moins dommageable. »

« Le passage nécessaire sera fixé en ayant égard aux intérêts des deux parties. »

(3) *Suprà*, n° 175.

(4) Cependant la question des chemins d'exploitation a été heureusement résolue par la Loi du 20 avril 1881 (Code rural).

(5) C.C.S., art. 696.

ce qui sera probablement rare, car les dispositions de l'art. 795 C.C.S. amèneront sans doute les cantons à créer, en général, sauf en cas d'enclave, des droits de passage temporaires, limités notamment aux saisons des semailles, de la récolte, de la coupe des bois, etc.

195. d) *Régime spécial aux eaux*. La question du régime privé des eaux est si importante que nous ne pouvons que l'effleurer. En France, le Code civil a été modernisé par la loi du 8 avril 1898, qui a, outre d'autres dispositions, modifié les art. 641 à 643 C.C.F. En Allemagne, à part une allusion aux étangs clos, le Code civil ne s'occupe pas des eaux et abandonne cette matière à la législation des divers Etats ⁽¹⁾. Sans doute, les usages et les lois étaient trop divers pour qu'il fût possible de les unifier.

196. Le Code suisse, dans les articles 704 à 712 ⁽²⁾, contient des dispositions très pratiques, conformes aux notions géologiques modernes, et qui pourront être mises à profit par les autres législations.

Les sources sont partie intégrante du fonds, et n'en peuvent être séparées, sinon à titre de servitude, inscrite au Registre foncier. Cette servitude (C.C.S., art. 780) peut être créée, soit au profit d'un fonds, soit au profit d'une personne physique ou morale. Cette dernière faculté n'existe pas en Droit français.

197. La loi française (art. 642 C.C.F.) semble ne reconnaître qu'un droit d'usage au profit du propriétaire du fonds où jaillit la source, mais la Cour de cassation ⁽³⁾ a toujours vu là un droit pratiquement équivalent au droit de propriété. Le propriétaire peut céder son droit isolé, tandis que le propriétaire suisse ne peut le vendre qu'avec le sol où jaillit la source. En pratique, il peut concéder une servitude de telle nature que le titulaire aura des droits sensiblement égaux à ceux d'un propriétaire. Cette servitude pourra (C.C.S., art. 780) être immatriculée au Registre foncier. De même, en France, le propriétaire peut constituer sur la source un droit de servitude, au profit d'un autre fonds. Cette servitude s'acquiert même par prescription, au profit de celui qui a fait, sur le fonds où jaillit la source, des ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les eaux, ou à faciliter leur passage (C.C.F., art. 642).

(1) C.C.A., Loi d'introduction, art. 65.

(2) C.C.S., art. 704 : « Les sources sont une partie intégrante du fonds et la propriété n'en peut être acquise qu'avec celle du sol où elles jaillissent. »

« Le droit à des sources jaillissant sur fonds d'autrui est constitué en servitude par son inscription au registre foncier. »

« Les eaux souterraines sont assimilées aux sources. »

Art. 705 : « Le droit de dériver des sources peut, dans l'intérêt public, être soumis à certaines conditions, restreint ou interdit par la législation cantonale. »

« Le Conseil fédéral prononce sans recours dans les conflits qui se produisent entre cantons. »

(3) Cf. Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Des biens*, nos 839 et ss. Aubry et Rau, 5^e éd. III, § 244, note 1 bis.

198. La loi française du 8 avril 1898 a fait une innovation importante : le propriétaire ne peut détourner les eaux de leur cours naturel au préjudice des usages inférieurs, quand, dès la sortie de son fonds, les eaux offrent le caractère d'eaux publiques et courantes. Cette dernière expression est un peu vague, mais la disposition n'en est pas moins excellente, et constitue une restriction importante et utile aux droits du propriétaire du fonds où jaillit la source.

199. Le législateur suisse n'a pas voulu, ou n'a pas pu trancher cette question, et la renvoie aux cantons (C.C.S., art. 705) avec recours au Conseil fédéral en cas de conflit entre cantons. Les cantons seront sans doute assez embarrassés pour légiférer en cette matière délicate. L'art. 705 ne paraît autoriser les dérivations obligatoires des sources que dans l'intérêt public, ce qui paraît exclure l'intérêt privé. Peut-être cependant admettra-t-on que la faculté d'alimenter une usine ou d'irriguer les champs est d'intérêt public.

200. L'art. 706 du Code suisse ⁽¹⁾ a posé une règle utile, et qui pourrait être suivie par les autres législations, bien qu'elle donne lieu à des difficultés sérieuses, mais non insolubles, provenant de l'incertitude pouvant exister au sujet du régime des eaux souterraines. La loi donne une action contre ceux qui coupent une source, ou la souillent, alors qu'elle a été utilisée ou captée. Elle supprime ainsi le grave danger que court en France le propriétaire d'une source, qui a peut-être fait des dépenses considérables pour la capter et l'utiliser, et qui peut s'en voir priver, sans recours possible, sauf convention ou prescription contraire, par un propriétaire supérieur ⁽²⁾; il n'y a de recours que dans le cas spécial des eaux minérales et thermales pour lesquelles a été établi un périmètre de protection ⁽³⁾. Il est même permis de trouver trop timides les art. 706 et 707 C.C.S., qui ne prévoient la remise des lieux en l'état que dans le cas où les eaux sont indispensables, et ne semblent, dès lors, donner qu'une action en indemnité dans les autres cas. Peut-être eût-il été préférable

(1) C.C.S., art. 706. « Est passible de dommages-intérêts celui qui cause un préjudice au propriétaire ou à l'ayant droit, en coupant, même partiellement, ou en souillant, par des fouilles, constructions ou travaux quelconques, des sources déjà utilisées dans une mesure considérable ou captées en vue de leur utilisation. »

« Lorsque le dommage n'a été causé ni à dessein, ni par négligence, ou lorsqu'il est imputable à une faute de la partie lésée, le juge appréciera si une indemnité est due et il en fixera, le cas échéant, le montant et la nature. »

Art. 707 : « Si des sources indispensables soit pour l'exploitation ou l'habitation d'un immeuble, soit pour un service d'alimentation, sont coupées ou souillées, le rétablissement de l'état antérieur peut être exigé dans la mesure du possible. »

« Ce rétablissement ne peut être exigé, dans les autres cas, que s'il est justifié par des circonstances spéciales. »

(2) Voir Duranton, V, n° 156. Demolombe XII, n° 647. Aubry et Rau, 5^e éd., II, § 194, note 18, p. 308. — Laurent, VI, n° 142. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 218.

(3) Loi française du 14 juillet 1856.

d'interdire, en principe, de couper les sources, et de donner en tous cas une action tendant à la remise en l'état, sauf à prévoir un règlement d'eau, analogue à celui de l'art. 645 C.C.F., pour le cas où il y aurait assez d'eau pour tout le monde.

201. Quand une source appartient à un bassin d'alimentation commun avec d'autres sources, avec lesquelles elle est en rapport, l'art. 708 C.C.S. ⁽¹⁾ permet à chaque propriétaire de demander le captage en commun et à frais communs, ce qui est très sage. Si un des propriétaires s'oppose à ce captage, il devra subir les travaux des autres, et n'aura droit à indemnité que si les autres ont augmenté le débit de leurs eaux à ses dépens.

202. L'art. 710 C.C.S. ⁽²⁾ présente une disposition qui rappelle celle de l'art. 642, al. 3 du Code français ⁽³⁾. La loi française donne aux habitants d'une agglomération, commune, village, hameau, le droit d'user d'une source qui leur est nécessaire, moyennant indemnité, mais sans procéder à une expropriation administrative. Le texte suisse est plus large, il donne un droit analogue même à des particuliers. Mais il protège mieux le propriétaire de la source, en ne le contraignant à céder de l'eau que dans le cas seulement où il n'en a pas besoin.

203. Nous ne nous occuperons pas ici de l'expropriation de sources pour cause d'utilité publique, ni du régime des eaux qui font partie du domaine public. Ces questions ressortissent du droit public et du droit administratif, plutôt que du droit civil.

204. Nous allons aborder, maintenant, une question qui a pris une importance de premier ordre en peu d'années. Nous constaterons, à ce sujet, l'impuissance du législateur à créer le droit, quand un usage ancien ne l'a pas créé d'avance. Il s'agit de la « houille blanche ». Naturellement

(1) C.C.S., art. 708 : « Lorsque plusieurs sources voisines appartenant à des propriétaires différents ont un même bassin d'alimentation et forment ainsi un même groupe, chaque propriétaire peut demander que les sources soient captées en commun et distribuées entre tous les ayants droits proportionnellement à leur jouissance antérieure. »

« Les ayants droit supportent les frais des installations communes dans la mesure de leur intérêt. »

« En cas d'opposition de l'un d'eux, chacun des ayants droit peut faire pour sa source les travaux rationnels de captage et d'adduction, même s'il en résultait une diminution du débit des autres sources, et il n'est tenu à indemnité de ce chef que dans la mesure où les travaux ont augmenté le débit de sa propre source. »

Art. 709 : « La législation cantonale peut accorder à des voisins ou à d'autres personnes le droit d'utiliser, notamment pour y puiser de l'eau et abreuver le bétail, les sources, fontaines et ruisseaux qui sont propriété privée. »

(2) C.C.S., art. 710 : « Le propriétaire qui ne peut se procurer qu'au prix de travaux et de frais excessifs l'eau nécessaire à sa maison et à son fonds, a le droit d'exiger d'un voisin qu'il lui cède contre pleine indemnité l'eau dont celui-ci n'a pas besoin. »

« Les intérêts de la partie cédante seront essentiellement pris en considération. »

« La modification des dispositions prises peut être demandée, si des circonstances nouvelles se produisent. »

(3) L. du 8 avril 1898; ancien art. 643 C.C.F.

le Code civil français de 1803 n'a pas pu traiter la question, puisque à cette époque l'emploi de l'énergie hydraulique, sans être négligeable, ne méritait pas une attention spéciale. C'est seulement entre 1873 et 1885 que le problème du transport de l'énergie par les courants fut résolu, notamment par M. M. H. Fontaine et Marcel Deprez (1). En tenant compte du temps qui fut nécessaire pour la mise au point de la solution pratique du problème, pour la construction des usines génératrices et des lignes, et pour l'emploi des courants transportés et la construction des usines destinées à les utiliser, il devient évident que le législateur français, quand il promulgua la loi du 8 avril 1898, ne pouvait songer à résoudre complètement le problème de la propriété et de l'utilisation des chutes d'eau, et le problème des droits de riveraineté.

205. Cependant, il s'est trouvé, par une heureuse fortune, que l'art. 644 C.C.F., non modifié par la loi du 8 avril 1898, a permis à la jurisprudence de résoudre la question d'une manière satisfaisante, au moins jusqu'à l'époque où l'usage aura indiqué la véritable solution. Le riverain d'un cours d'eau peut se servir du cours d'eau à son passage, pour l'irrigation de sa propriété. Celui dont la propriété est traversée peut même user de l'eau dans l'intervalle qu'elle y parcourt, et même en détourner le cours, mais à charge de la rendre, à la sortie du fonds, à son cours ordinaire.

206. Dès avant la loi française du 8 avril 1898, la jurisprudence (2) a admis que l'irrigation des propriétés n'était citée par l'art. 644 qu'à titre d'exemple, et que la loi autorisait même *a fortiori* l'utilisation industrielle, puisque l'irrigation perd l'eau, tandis qu'elle est seulement utilisée sans perte par une roue de moulin ou une turbine.

207. Dès lors, et avant même que la question de la houille blanche prît l'importance qu'elle a actuellement, la question était résolue d'une manière suffisamment pratique. Il importe peu que l'on décide que le droit d'utiliser l'eau constitue un droit immobilier indépendant, et soit cessible séparément (3), ou que l'on décide, au contraire, que ce droit constitue un accessoire inséparable du fonds en bordure (4), puisqu'en tous cas, et sauf à y joindre une infime bordure de terrain, le droit d'utiliser les eaux peut être cédé à un industriel. En ce cas, le cessionnaire est à l'abri, vis-

(1) Expériences de H. Fontaine en 1873. Expériences de Marcel Deprez de 1882 à 1885. Les expériences de Marcel Deprez sur le transport de l'énergie par courants triphasés ont été faites en 1891.

2) Voir Dalloz, C. civ. annoté, art. 644, n°

161 et ss.

(3) Baudry-Lacantinerie et Chauveau. *Des biens*, n° 853. Demolombe, T. XI, n°s 151 et 211.

(4) Picard. *Traité des eaux*, 1890, p. 361 et 451.

à-vis de son cédant, en vertu de son acte de cession basé sur l'art. 644, vis-à-vis des propriétaires supérieurs, en vertu du même art. 644 qui leur prescrit de rendre les eaux, et, vis-à-vis du propriétaire de la source, en vertu de l'art. 643, modifié par la loi du 8 avril 1898, qui interdit à ce propriétaire de détourner les eaux au préjudice des usages inférieurs. Il est vrai que l'industriel devra se faire céder le droit de riveraineté de tous les propriétaires, depuis le point où les eaux sont détournées de leur cours jusqu'à celui où elles y sont ramenées.

208. Il y a encore, cependant, un grave danger. Les riverains, pour qui l'usiner apparaît souvent comme un capitaliste à ressources illimitées, et qui ignorent souvent qu'en exigeant, dans une mesure raisonnable, des actions d'apport, ils pourraient être intéressés aux bénéfices éventuels de l'entreprise, demandent un prix absurde pour leur droit de riveraineté. Le législateur, qui pense volontiers que la loi est un remède universel, a failli intervenir, soit en établissant pour les eaux un régime ressemblant à celui des concessions de travaux publics et de chemins de fer ⁽¹⁾, ou encore un régime rappelant celui des concessions minières ⁽²⁾.

209. Cette velléité d'intervention de l'Etat, loin de plaire aux industriels, arrêta leur réclamation. Ils préférèrent traiter avec chaque propriétaire, et renoncer à leurs projets là où les prétentions étaient exagérées. Il faut penser que, peu à peu, l'usage fixera un prix raisonnable pour les droits de riveraineté, les industriels comprenant que les propriétaires, même s'ils n'usaient pas de l'eau, leur cèdent une valeur à mettre en œuvre, et les propriétaires comprenant qu'ils n'ont rien à gagner à conserver leurs eaux sans profit parce qu'ils en demandent un prix excessif.

210. Nous avons vu ⁽³⁾ que le Code allemand ⁽⁴⁾ a éludé la question et l'a renvoyée aux législations des Etats de l'Empire.

Le Code civil suisse, dans son art. 664 ⁽⁵⁾, fait de même. Il est facile de comprendre qu'en Suisse, le régime géologique étant compliqué, un grand nombre de sources et cours d'eau ne rentrent pas dans le domaine privé, comme l'indique l'alinéa 2 de l'art. 664. Il semble même, d'après

(1) Projet Baudin, 6 juillet 1900.

(2) Projet Guillaïn. Voir la discussion des deux projets : *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, t. II., p. 324.

(3) *Suprà*, n° 195.

(4) C.C.A., L. introd., art. 65.

(5) C.C.S., art. 664 : « Les choses sans maître et les biens du domaine public sont soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent.

« Sauf preuve contraire, les eaux publiques, de même que les régions impropres à la culture, rochers, éboulis, névés, glaciers et les sources en jaillissant, ne rentrent pas dans le domaine privé.

« La législation cantonale règle l'occupation des choses sans maître, ainsi que l'exploitation et le commun usage des biens du domaine public, tels que routes, places, cours d'eau et lits de rivières. »

l'al. 3, que tout cours d'eau soit présumé faire partie du domaine public du moins sauf preuve contraire ⁽¹⁾.

211. L'art. 664 C.C.S. est tout ce qui reste ⁽²⁾ du Titre 24 des projets de 1900 et 1904 qui contenait de nombreuses dispositions sur les choses sans maître, sur les biens du domaine public, sur les concessions hydrauliques et sur les mines. Mais la Confédération vient précisément de légiférer sur l'utilisation des forces hydrauliques ⁽³⁾.

212. L'alinéa 3 de l'art. 664 C.C.S. renvoie aux législations cantonales pour tout ce qui touche aux eaux publiques et du domaine public.

213. Nous noterons encore les dispositions de l'art. 56 du Titre final du Code civil suisse ⁽⁴⁾, relatif à l'immatriculation, au Registre foncier, des concessions hydrauliques. « L'inscription s'opère, soit sur un feuillet « spécial, soit, lorsque la concession est constituée comme accessoire des « exploitations industrielles et des constructions qui en bénéficient, sur « le feuillet de l'immeuble en question, à titre de *servitude* ⁽⁵⁾. »

CHAPITRE II

SERVITUDES ET CHARGES FONCIÈRES

SECTION I. — Servitudes foncières.

214. Le mot « servitude » avait pris, dans le Code civil français, un sens restreint, dû à la crainte de rappeler les servitudes féodales. Le Code français a réservé le mot, auquel il ajoute comme synonyme l'expression de « services fonciers », aux seules servitudes foncières, refusant dès lors

(1) Cf. Wieland. *Droits réels*, art. 664, n° 3.

(2) Wieland, *ibid.*, n° 1.

(3) Loi fédérale du 22 décembre 1916.

(4) C.C.S. titre final, art. 56 : « Les règles suivantes sont applicables en matière de concessions hydrauliques, jusqu'à ce que la Confédération ait légiféré dans ce domaine :

« Les concessions octroyées sur des eaux publiques pour trente ans au moins ou pour une durée indéterminée, sans être constituées en servitudes au profit d'un fonds, peu-

vent être immatriculées au registre foncier à titre de droits distincts et permanents. »

(5) Wieland. *Droits réels*, art. 644, n° 5 bb. Cf. Ordonnance sur le Reg. fonc., art. 8. Le mot « servitude », comme l'explique M. Wieland (*ibid.*), n'a pas ici son sens technique; il signifie que, comme les servitudes foncières, les concessions hydrauliques sont des *droits accessoires d'un immeuble* (mais non des accessoires dans le sens de l'art. 644 C.C.S., comme on l'admet souvent, contre l'opinion de M. Wieland).

le nom de servitude à l'usufruit, et aux droits d'usage et d'habitation.

Le mot de servitude, à Rome, paraît, du moins selon une opinion autorisée (1), n'avoir d'abord désigné que les servitudes prédiales. Mais, par voie d'interpolation de textes relatifs à l'usufruit, les compilateurs du Digeste ont créé la catégorie des servitudes personnelles. Aussi, dans le droit de Justinien tout au moins (2), les servitudes sont des droits réels établis sur la chose d'autrui soit au profit d'un fonds, soit au profit d'une personne (3).

Les auteurs du Code civil suisse, que ne pouvaient plus gêner les craintes éprouvées par les auteurs du Code français, ont rendu au mot servitude le sens qu'il avait au Digeste, et l'ont étendu aux servitudes personnelles, telles que l'usufruit.

215. Le Code suisse étudie les servitudes réelles avant les servitudes personnelles, contrairement à ce que faisait le Code français. Après les servitudes personnelles, il étudie les charges foncières, asservissement du propriétaire à certaines prestations.

216. L'art. 730 C.C.S. (4) définit les servitudes foncières en termes qui rappellent de fort près la définition de l'art. 637 du Code français. La définition de l'art. 1018 C.C.A. n'est pas très différente, mais distingue les servitudes en servitudes positives et servitudes négatives, ce qui ne paraît pas d'une grande utilité.

217. Les adjonctions qui complètent les définitions des Codes suisse et allemand (5) sont destinées à préciser que la servitude foncière ne peut imposer, sinon accessoirement, au propriétaire du fonds servant une obligation de faire. C'est la règle : *servitus in faciendo consistere nequit* (6). Cette règle se trouve posée encore plus énergiquement dans l'art. 686 C.C.F.

218. Malgré cette règle, les textes suisse et allemand, et la jurisprudence française (7) admettent que le propriétaire du fonds servant peut être contraint, accessoirement, à certains actes : entretien d'un chemin, d'une fontaine, curage d'un bief, etc. Mais, dans les trois législations, la prestation du propriétaire du fonds servant ne peut être l'objet principal de la servitude foncière.

(1) Longo. *Bull. di D. R.* 11. 1898, pp. 281-340.

(2) D., 8, 1. *De serv.* 1.

(3) Girard. *Droit romain*. 5^e éd., p. 356.

(4) C.C.S., art. 730 : « La servitude est une charge imposée sur un immeuble en faveur d'un autre immeuble et qui oblige le propriétaire du fonds servant à souffrir, de la part du propriétaire du fonds dominant, certains actes d'usage, ou à s'abstenir lui-même

d'exercer certains droits inhérents à la propriété.

« Une obligation de faire ne peut être rattachée qu'accessoirement à une servitude. »

(5) C.C.S., art. 730. — C.C.A., art. 1018-1022.

(6) Cf. Girard. *Droit romain*, 5^e éd., p. 357. Pomponius D. 8. 1. *De serv.* 15. 1.

(7) Cf. Planiol I, n^o 2931.

219. La servitude foncière doit profiter au propriétaire d'un autre fonds en cette qualité, et non autrement. L'art. 686 C.C.F. est très précis sur ce point. Il faut, comme l'exigeaient les juristes romains ⁽¹⁾, un rapport de nature entre l'objet de la servitude et l'usage du fonds dominant.

220. En droit suisse, le texte de l'art. 730 paraît bien admettre que la servitude foncière doit avoir un caractère d'utilité objective et impersonnelle. Mais la règle paraît beaucoup moins rigoureuse qu'en Droit français ⁽²⁾. Et le Code suisse, comme nous le verrons en examinant l'art. 781 C.C.S., permet souvent d'y échapper au moyen de la constitution d'une servitude personnelle.

221. MM. Rossel et Mentha ⁽³⁾, dans un pays où les cliniques médicales ont pris une grande importance, prévoient que, peut-être, une servitude *foncière* pourra interdire ou limiter les exercices de piano dans une maison voisine, au profit d'une clinique. Cette solution, qui choque le juriste français en tant qu'il s'agit de servitude foncière, est raisonnable. La clinique est traitée, pratiquement, comme un fonds exploité, dont le bruit gêne le fonctionnement, et au profit duquel peut être constituée une « servitude de silence » si l'on peut dire, analogue à une servitude de vue ou à une servitude *altius non tollendi* qui peut être établie au profit d'un atelier de peintre ou de photographe.

222. L'art. 731 C.C.S. exige, pour la servitude, comme pour la propriété ⁽⁴⁾, l'inscription au Registre foncier. En France, la transcription est nécessaire ⁽⁵⁾ pour que la constitution d'une servitude soit opposable aux acquéreurs du fonds ou aux tiers.

223. Les règles de la prescription, en Suisse ⁽⁶⁾, sont les mêmes en matière de servitude qu'en matière de propriété. Il y aura donc, suivant le cas ⁽⁷⁾, prescription ordinaire de dix ans, *secundum tabulas*, ou prescription extraordinaire de trente ans, quand le Registre foncier n'indique pas le propriétaire. Nous ne retrouvons donc pas ici la distinction des art. 690-691 C.C.F. des servitudes continues et apparentes prescriptibles et des servitudes discontinues ou non apparentes, celles-ci impossibles à acquérir par la prescription. Donc, en Droit suisse, le fait qu'une servitude est

(1) Girard, *Droit romain*, p. 358. Paul D. 8. 1. *De serv.* 3. pr.

(2) Cf. C.C.S., *Exposé des motifs*, p. 507.

(3) Rossel et Mentha, II, p. 115.

(4) C.C.S., art. 656.

(5) L. 23 mars 1855.

(6) C.C.S., art. 731 : « L'inscription au registre foncier est nécessaire pour la constitution des servitudes.

« Les règles de la propriété sont applicables, sauf disposition contraire, à l'acquisition et à l'inscription.

« La prescription acquisitive des servitudes n'est possible qu'à l'égard des immeubles dont la propriété elle-même peut s'acquérir de cette manière. »

(7) *Infra*, n^o 154 et ss.

apparente ne saurait remplacer la publicité du Registre foncier. C'est bien rigoureux. MM. Rossel et Mentha (1), pour atténuer cette rigueur, proposent d'appliquer, quand il y aura « destination du père de famille », avec signes apparents de servitude, l'art. 2 C.C.S. (2) qui oblige chacun à exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi, et qui, en outre, refuse toute sanction à « l'abus du droit ». Cette solution, fort équitable, a le défaut de heurter de front des règles légales impératives et le principe de la foi publique due au Registre foncier. Donner au juge le droit d'appliquer en ce cas l'art. 2, al. 2 C.C.S., c'est lui donner le pouvoir de créer une prescription prétorienne, contre l'art. 731 C.C.S.

En pratique, du reste, il est difficile de supposer un cas où un propriétaire sera de mauvaise foi en cherchant, conformément à la loi, à libérer son fonds d'une servitude. Cependant, par application de l'art. 2, al. 1 C.C.S., entre les copartageants, mais non vis-à-vis des tiers, le juge pourra décider par interprétation de l'acte de partage, et par application des règles de la bonne foi, que les parties ont entendu conserver à titre de servitude une commodité existant d'une manière apparente avant le partage, et en prescrire l'inscription au Registre foncier. A cet égard, et entre copartageants, la jurisprudence suisse suppléera peut-être à la lacune du Code civil, en établissant des règles analogues à celles des art. 692 à 694 C.C.F.

224. A la différence des transferts de propriété qui, en Suisse, exigent un acte authentique, les servitudes peuvent être constituées par acte sous seing privé (3).

225. Quand nous disions (4) que le Code civil suisse présentait une lacune en passant sous silence la *destination du père de famille*, ce n'est pas tout-à-fait exact, mais, pour qu'il y ait destination du père de famille, le propriétaire devra, aux termes de l'art. 733 (5), inscrire d'avance une servitude au profit d'un de ses fonds sur l'autre. Comme exemple, on peut citer (6) celui du propriétaire d'un terrain à bâtir qui prévoit les diverses servitudes utiles aux parcelles à vendre séparément. C'est fort bien ; mais, dans le cas plus fréquent du véritable père de famille, celui-ci pensera-t-il à inscrire les diverses commodités dont ses parcelles jouissent les unes par rapport aux autres ? Il y pensera d'autant moins que personne ne le trouble ni ne le gêne, puisqu'il est propriétaire ; en outre, il ignore en général comment ses enfants procéderont au morcellement et quelles servi-

(1) Rossel et Mentha, II, p. 116.

(2) Voir le texte, *suprà*, sous le n° 51.

(3) C.C.S., art. 732 : « Le contrat constitutif d'une servitude n'est valable que s'il a été fait en la forme écrite. »

(4) *Suprà*, n° 223.

(5) C.C.S., art. 733 : « Le propriétaire de deux fonds a le droit de grever l'un de servitudes en faveur de l'autre. »

(6) *Exposé des motifs*, p. 514.

tudes seront utiles. Si donc, lors du partage, les enfants font un oubli, souvent excusable en raison de l'évidence même de la servitude manifestée par des ouvrages apparents, il n'y aura d'autre ressource que l'application par le juge du vague art. 2, al. 1 C.C.S. Quel que soit le mérite de la concision, il semble bien que les législateurs suisses l'ont souvent poussée trop loin, et que l'un des reproches que l'on peut adresser au Code civil suisse soit son excessive brièveté.

226. Comme pour la question de la prescription, le Code suisse, dans son art. 734 ⁽¹⁾ renvoie, pour l'extinction des servitudes, aux règles en matière d'extinction du droit de propriété ⁽²⁾. La servitude s'éteint par la radiation de l'inscription, ce qui écarte la prescription libératoire des art. 706 à 710 C.C.F., et par la perte totale du fonds servant ou du fonds dominant, ce qui rappelle, trop sommairement, les dispositions des art. 703 et 704 C.C.F.

227. En cas de réunion dans la même main du fonds servant et du fonds dominant, l'art. 735 C.C.S. ⁽³⁾ laisse subsister la servitude tant qu'elle n'est pas radiée. Cette disposition est excellente, et diminue la lacune que nous venons de signaler dans le Code suisse, en matière de destination du père de famille. En général, en effet, et parce qu'il a rarement intérêt à agir autrement, le propriétaire, désormais unique, des fonds servant et dominant, laissera subsister l'inscription de la servitude. Dès lors, et quelle que soit la servitude, apparente ou non, continue ou non, elle renaîtra en cas de nouvelle séparation du fonds. C'est une situation correspondante à celle qui est prévue par l'art. 694 C.C.F., tel que l'interprète M. Planiol ⁽⁴⁾, d'après lequel une servitude ancienne, disparue par réunion des deux fonds ⁽⁵⁾, renaît en cas de nouvelle séparation. Dans un sens, le Code suisse est moins large que le Code français ainsi interprété, puisqu'il exige un maintien, ou plutôt une non-radiation de l'inscription, ce qui, en pratique, sera le cas général; dans un autre sens, il est plus large, puisque la servitude renaissante pourra être quelconque, même non apparente.

(1) C.C.S., art. 734 : « La servitude s'éteint par la radiation de l'inscription et par la perte totale du fonds servant ou du fonds dominant. »

(2) Cf. C.C.S., art. 666, voir le texte *suprà*, n° 164.

(3) C.C.S., art. 735 : « Lorsque les deux fonds sont réunis dans la même main, le propriétaire peut faire radier la servitude. »

« La servitude subsiste comme droit réel tant que la radiation n'a pas eu lieu. »

(4) Planiol, I, n° 2963. *Contrà* Demolombe, t. XII, n° 821 et divers auteurs, selon lesquels l'art. 694 prévoit le cas où le titre qui a sé-

paré les fonds est représenté, tandis que l'art. 693 prévoit le cas où ce titre est perdu ou inconnu. Au second cas il suffit que la servitude soit apparente, au premier cas, il faut, en outre, qu'elle soit continue. Cf. Cass. 3 déc. 1901. D. 02. 1. 167. — S. 02. 1. 282. Cass. 6 nov. 1906 S. 07. 1. 284. L'opinion de M. Planiol, bien qu'elle ne soit pas celle de la majorité des auteurs et des arrêts, nous paraît péremptoirement démontrée exacte, *loc. cit.*

(5) C.C.F., art. 705. Paul. D. liv. VIII, tit. 2. fr. 26 : « *Nemini res sua servit.* »

228. La solution suisse présente un intérêt spécial, en ce qu'elle sauvegarde les droits des tiers, notamment des créanciers hypothécaires. Il ne faut pas oublier, en effet, que, dans la notion suisse, la servitude peut exister, tout au moins en puissance, quoique les deux fonds appartiennent au même propriétaire, et cela contrairement à la règle *nemini res sua servit*, ainsi qu'il résulte de la définition de l'art. 730 C.C.S., différente en cela de celle de l'art. 637 C.C.F., ainsi qu'il résulte surtout des dispositions de l'art. 733 C.C.S. (1). Cette notion peut produire des résultats pratiques : supposons que le propriétaire d'une villa ait, sur le terrain voisin, une servitude de vue, ou de prospect, ou toute autre servitude inscrite. Il réunit les deux fonds dans sa main. En ce cas, un créancier hypothécaire, ayant son droit de gage portant sur la villa, pourra s'opposer à ce que le propriétaire bâtit, au mépris de la servitude, sur le fonds servant.

229. En Droit français, il n'aurait, en général, d'autre droit que celui qui résulte de l'art. 2131 C.C.F., aux termes duquel, si la sûreté est devenue insuffisante (2), il pourrait poursuivre son remboursement ou demander un supplément d'hypothèque. Mais il ne pourra pas se prévaloir de l'existence d'une servitude qui a été éteinte aux termes de l'art. 705 C.C.F.

230. Comme nous l'avons déjà pu observer, le Code suisse ne considère plus le droit de propriété comme immuable et intangible. C'est ainsi que l'art. 736 (3) du Code civil suisse permet de demander la libération totale ou partielle d'une servitude devenue sans utilité ou de moindre utilité pour le fonds dominant. En France, il y a bien extinction de la servitude quand le fonds dominant ne peut plus en user (C.C.F., art. 703), ou quand elle est devenue si inutile que le propriétaire du fonds dominant néglige d'en user pendant trente ans (C.C.F., art. 706-707). Mais la servitude continuera d'exister tout entière, telle qu'elle est organisée par titre ou par prescription, quand bien même elle serait devenue peu utile, ou même superflue. C'est ainsi qu'une servitude de passage pour cause

(1) Voir le texte art. 733 C.C.S., en note sous n° 225.

(2) Bien que le fonds hypothéqué n'ait pas été touché directement, la sûreté a été diminuée, car si les deux fonds, servant et dominant, sont vendus en bloc, l'acquéreur paiera moins cher une maison privée de vue, ou devra démolir l'obstacle qui gêne la vue. S'ils sont vendus séparément, soit que le prix des parcelles soit distribué séparément, soit qu'il soit distribué en un ordre unique, avec ventilation pour établir la part revenant au créancier inscrit sur la maison, le prix de la maison sera diminué de la perte de son

droit de vue. Naturellement tout ceci est théorique, et, en fait, la valeur de la maison peut être demeurée la même pour d'autres causes, par exemple dans le cas où, par suite de la réunion des fonds, une autre servitude grevant la maison aurait été éteinte.

(3) C.C.S., art. 736 : « Le propriétaire grevé peut exiger la radiation d'une servitude qui a perdu toute utilité pour le fonds dominant. »

« Il peut obtenir la libération totale ou partielle d'une servitude qui ne conserve qu'une utilité réduite, hors de proportion avec les charges imposées au fonds servant. »

d'enclave, telle que l'usage trentenaire en a fixé le mode d'exercice, continuera à exister, même après cessation de l'enclave (1).

231. Le Droit français, contrairement au Droit suisse, ne considère donc pas la plus ou moins grande utilité de la servitude pour le fonds dominant, comme pouvant modifier la servitude; nous verrons tout-à-l'heure que les deux législations s'accordent, au contraire, pour éviter que le fonds servant soit inutilement grevé d'une servitude trop rigoureuse (2).

232. Nous n'insisterons pas sur les articles 737 et 741 C.C.S., à rapprocher des art. 697 et 698 C.C.F., qui autorise le titulaire d'une servitude à prendre toutes les mesures utiles pour la conserver et pour en user.

233. L'art. 738 indique quels sont les effets de l'inscription de la servitude au Registre foncier.

234. L'art. 739 (3) décide que les besoins nouveaux du fonds dominant n'entraînent aucune aggravation de la servitude. Pour la plupart des servitudes, cela va de soi, mais, pour la servitude de passage en cas d'enclave, il peut arriver que le passage devienne insuffisant, par exemple en cas de changement d'exploitation. En ce cas, l'art. 694 permettra, moyennant indemnité, d'aggraver la servitude. En outre, aux termes de l'art. 695, la législation cantonale pourra prendre des dispositions analogues en diverses autres matières. Le champ d'application de l'art. 739 se trouve, ainsi, notablement restreint.

235. En Droit français, les art. 700 et 702, combinés, en ce qui concerne le passage en cas d'enclave, avec l'art. 682, présentent des solutions analogues à celle du Droit suisse.

236. L'art. 742 C.C.S. (4), à rapprocher de l'art. 701 C.C.F. permet,

(1) Voir Rep. Carpentier et Fuzier-Hermann. Enclave, 231 et ss., et, *suprà*, la controverse de doctrine.

(2) *Infra*, n° 236 et ss.

(3) C.C.S., art. 737 : « Celui à qui la servitude est due peut prendre toutes les mesures nécessaires pour la conserver et pour en user.

« Il est tenu d'exercer son droit de la manière la moins dommageable.

« Le propriétaire grevé ne peut en aucune façon empêcher ou rendre plus incommode l'exercice de la servitude. »

Art. 738 : « L'inscription fait règle, en tant qu'elle désigne clairement les droits et les obligations dérivant de la servitude.

« L'étendue de celle-ci peut être précisée, dans les limites de l'inscription, soit par son origine, soit par la manière dont la servitude a été exercée pendant longtemps, paisiblement et de bonne foi. »

Art. 739 : « Les besoins nouveaux du fonds

dominant n'entraînent aucune aggravation de la servitude. »

Art. 741 : « Le propriétaire du fonds dominant entretient les ouvrages nécessaires à l'exercice de la servitude.

« Si ces ouvrages sont également utiles au propriétaire grevé, la charge de l'entretien incombe aux deux parties, en proportion de leur intérêt. »

(4) C.C.S., art. 742 : « Lorsque la servitude ne s'exerce que sur une partie du fonds servant, le propriétaire grevé peut, s'il y a intérêt et s'il se charge des frais, exiger qu'elle soit transportée dans un autre endroit où elle ne s'exercerait pas moins commodément.

« Il a cette faculté, même si l'assiette primitive de la servitude figure au registre foncier.

« Les règles concernant les rapports de voisinage sont applicables au déplacement de conduites. »

dans l'intérêt du fonds servant, de transporter la servitude en un autre endroit, aussi commode pour le fonds dominant, et où elle soit moins onéreuse pour le fonds servant. Cette faculté existe, dit le texte suisse, même si l'assiette primitive de la servitude figure au Registre foncier.

237. En cas de morcellement du fonds servant ou du fonds dominant, les art. 743 et 744 C.C.S. ⁽¹⁾, dont le premier doit être rapproché de l'art. 700 C.C.F., décident que la servitude continue d'exister activement ou passivement, au profit ou à la charge de chaque parcelle. Le texte suisse ajoute très sagement que, si la disposition des lieux est telle que certaines parcelles ne peuvent profiter de la servitude, ou ne peuvent la subir, la servitude doit être radiée en ce qui les concerne.

SECTION II

Usufruit. — Autres servitudes. — Charges foncières.

§ 1. *Usufruit.*

238. Nous ne pouvons donner qu'un bref aperçu de la législation suisse en matière d'usufruit.

Le Code suisse donne peu de définitions; il ne donne pas celle de l'usufruit. Peut-être fait-il bien; les définitions sont plutôt du domaine de la doctrine, et sont rarement sans défaut. La définition de l'usufruit est difficile : celle de Paul ⁽²⁾ omet de mentionner son caractère temporaire, celle de M. Planiol ⁽³⁾ contient le mot de « jouissance » aussi compliqué que l'objet à définir, et ne s'applique pas directement aux usufruits

(1) C.C.S., art. 743 : « Si le fonds dominant est divisé, la servitude reste due, dans la règle, à chaque parcelle. »

« Toutefois, si la servitude ne profite en fait qu'à l'une des parcelles, le propriétaire grevé peut demander qu'elle soit radiée quant aux autres. »

« Le conservateur du registre foncier communique cette demande à l'ayant droit; il opère la radiation, faute par ce dernier de faire opposition dans le mois. »

Art. 744 : « Si le fonds servant est divisé, la servitude continue, dans la règle, à en grever chaque parcelle. »

« Toutefois, si la servitude ne s'exerce pas

et ne peut s'exercer en fait sur certaines parcelles, chaque propriétaire de celles-ci peut demander qu'elle soit radiée sur son fonds. »

« Le conservateur du registre foncier communique cette demande à l'ayant droit; il opère la radiation, faute par ce dernier de faire opposition dans le mois. »

(2) Inst. 2. 4. *De usu fructu*. D. 7. 1. *De usu fructu*. 1 : *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*.

(3) Planiol I, n° 2747 : « L'usufruit est un droit réel de jouissance sur une chose appartenant à autrui et qui s'éteint nécessairement à la mort de l'usufruitier. »

à terme fixe ou conditionnel (C.C.F., art. 580), ni à celui des personnes morales. Celle du Code français, art. 578 oubliée, comme celle de Paul, le caractère viager ou temporaire de l'usufruit.

239. MM. Rossel et Mentha ⁽¹⁾, toujours avec cette notion suisse qui considère les droits d'une manière moins rigide que la notion française et ne les juge pas intangibles, pensent qu'un usufruit qui, en fait, ne donne à l'usufruitier que des revenus, peut être transformé en rente viagère, et que l'usufruitier ne peut s'y refuser sans abus du droit (art. 2, al. 2). Cet art. 2 ⁽²⁾, avec ses deux alinéas, et spécialement le deuxième, risque de devenir le refuge des avocats embarrassés, comme l'est devenu, à un autre point de vue, l'art. 1382 C.C.F. Il est bien dangereux de donner au juge la tentation, sous prétexte d'abus du droit, de modifier ou détruire les contrats. Transposé dans le Droit international public, où le plus puissant impose sa volonté, celui-ci ne risque-t-il pas d'interpréter et modifier les traités à sa guise, en soutenant que l'autre partie abuse de son droit en ne se prêtant pas à ses fantaisies ? Les savants auteurs suisses voient eux-mêmes les dangers de leur proposition, et les objections qu'elle soulève. Nous n'hésitons pas à dire que l'art. 2, al. 2 C.C.S., et même l'art. 226 ⁽³⁾ du Code allemand, quoique plus prudent, puisqu'il n'admet d'abus de droit que dans les cas où la partie n'a pour but que de nuire à autrui, doivent être rayés, tant qu'il y aura, et il y en aura toujours et en tout pays, des magistrats à l'esprit plus ou moins paradoxal. Il vaut mieux, sans texte législatif, laisser le juge éviter les injustices en interprétant les lois qui sont faites dans un esprit d'équité, en consultant la tradition et les usages, en analysant les contrats, où les parties n'ont généralement pas négligé leurs intérêts au point de permettre d'en tirer une injustice flagrante, en considérant les circonstances de fait qui entourent tout procès. Il est impossible, avec tout cela, que le juge puisse être obligé de sanctionner une iniquité. Si l'impossible devenait une réalité, personne ne blâmerait le juge si, jugeant en fait, il décidait que la loi, bien que s'appliquant littéralement à l'espèce, n'a pas pu prévoir ni vouloir un tel résultat. Le juge timoré ne se servira pas de l'art. 2, al. 2. C'est le juge déjà trop hardi qui en usera pour couvrir ses écarts d'imagination. Ce texte, qui sera exploité largement à la barre, est une œuvre de théoriciens, non d'avocats. Ceux-ci, dès l'abord, auraient trop bien vu la manière de s'en servir pour n'en pas sentir le danger.

(1) Rossel et Mentha. *Droit civil*, II, p. 129.

(2) Voir le texte, en note sous n° 51.

(3) C.C.A., art. 226 (trad. de la Grasserie) :

« L'exercice d'un droit n'est pas admissible lorsqu'il a seulement pour but de nuire à autrui. »

240. L'usufruit, en Suisse, aux termes de l'art. 745 C.C.S. ⁽¹⁾ peut être établi sur des immeubles, des meubles, des droits, ou un patrimoine. Cette formule revient à celle de l'art. 581 C.C.F., combiné avec l'art. 516 C.C.F.

241. L'usufruit des immeubles s'établit par l'inscription au Registre foncier (art. 746 C.C.S.). Pour l'acquisition de l'usufruit, on applique les règles concernant la propriété (art. 746, al. 2). Cependant (art. 747 C.C.S.) l'usufruit légal, notamment celui du conjoint survivant, est opposable, sans inscription, aux tiers qui en ont connaissance, non aux autres. Il y aura là une appréciation de fait, qui fait échec au principe de l'inscription obligatoire au Registre foncier.

242. L'usufruit s'éteint par la perte totale de la chose, et, pour les immeubles, lorsque l'inscription est nécessaire, par la radiation (art. 748 C.C.S.). D'après le même article, alinéa 2, « d'autres causes d'extinction, telles que l'échéance du terme, la renonciation et la mort de l'usufruitier, ne confèrent au propriétaire, en matière d'usufruit immobilier, que le droit d'exiger la radiation. » Ainsi ⁽²⁾, malgré la cause d'extinction, l'usufruit continuerait d'exister, comme droit réel opposable aux tiers, même au propriétaire, mais il n'existe plus que théoriquement, car l'inscription est relative à un droit qui n'a plus de titulaire. En pratique le propriétaire s'empressera de la faire radier. L'inscription peut même être rayée d'office ⁽³⁾.

243. L'usufruit est nécessairement à terme, avec un maximum de la durée de la vie humaine, et de cent ans pour les personnes morales ⁽⁴⁾.

244. Nous n'entrerons pas dans les détails concernant les indemnités entre usufruitier et propriétaire, responsabilités, impenses, mode de jouissance, sûretés, inventaires, etc., qui dépasseraient les bornes d'une étude de la propriété immobilière.

245. L'usufruit est attaché à la personne, et ne peut être cédé; mais *l'exercice du droit* peut être cédé, à moins qu'il ne s'agisse d'un droit « éminemment personnel » (art. 758 C.C.S.). En Droit français, l'art. 595 semble permettre la cession du droit d'usufruit lui-même. Et, en réalité, le texte est net en ce sens. Cependant, quelques auteurs, remarquant que l'usufruit s'éteint par la mort du cédant et non du cessionnaire, et que le

(1) C.C.S., art. 745 : « L'usufruit peut être établi sur des meubles, des immeubles, des droits ou un patrimoine. »

« Il confère à l'usufruitier, sauf disposition contraire, un droit de jouissance complet sur la chose. »

(2) Rossel et Mentha *Droit civil*, II, p. 133.

(3) C.C.S., art. 976, al. 3.

(4) C.C.S., § 749. Cf. C.C.F., art. 617, al. 2 et 619 qui fixe à 30 ans seulement la durée maxima de l'usufruit des personnes morales.

cédant reste personnellement responsable envers le propriétaire, estimant que c'est seulement l'exercice du droit qui est cessible. Comme le fait remarquer M. Planiol ⁽¹⁾, c'est là seulement une querelle de mots sans intérêt pratique, et les deux textes français et suisse sont pratiquement identiques.

246. En matière d'usufruit immobilier, qui nous intéresse spécialement, les art. 768 et 769 C.C.S. interdisent à l'usufruitier d'abuser de la chose, de la transformer ou modifier essentiellement, et d'apporter à sa destination un changement de nature à porter préjudice au propriétaire. Le principe d'où dérivent ces dispositions se trouve dans l'art. 578 C.C.F., inspiré par la définition de Paul.

247. En France, l'usufruitier ne peut profiter des mines, carrières et tourbières que dans le cas où l'exploitation en était commencée avant l'ouverture de l'usufruit (art. 598 C.C.F.). En Suisse, même dans le cas où l'exploitation n'était pas commencée à l'ouverture de l'usufruit, il peut commencer cette exploitation, à condition de donner avis au propriétaire, et pourvu que la destination du fonds ne soit pas essentiellement modifiée ⁽²⁾. La loi suisse permet ainsi à l'usufruitier de profiter d'un capital qui ne se reproduit pas, mais le même inconvénient existe en droit français pour les carrières déjà en exploitation. La solution suisse est utile au point de vue général industriel du pays.

248. Quant aux arbres et aux forêts, le Code français ⁽³⁾ ne donne, en principe, à l'usufruitier que le droit de faire les coupes régulières dans les forêts aménagées avant le commencement de l'usufruit. C'est donc une situation analogue à celle des mines et carrières.

Le Code suisse, dans son art. 770, permet à l'usufruitier de provoquer un aménagement rationnel des forêts, et d'en profiter. Il est donc logique avec lui-même, et la solution est, ici aussi, conforme à celle relative aux mines. Il faut ajouter qu'il n'y a pas, en ce qui concerne les forêts, la moindre objection qui puisse être formulée contre la solution suisse, qui est excellente et devrait être admise partout.

Le Code suisse ajoute que, si des circonstances spéciales, telles qu'une tempête, ou une invasion d'insectes, exigent des coupes exceptionnelles, l'exploitation des coupes régulières sera restreinte, de manière à réduire graduellement le dommage. Les bois coupés en surplus sont vendus, le prix est placé à intérêt, et sert à compenser la diminution du rendement.

249. L'art. 771 C.C.S. renvoie à cet art. 770, en ce qui concerne l'usu-

(1) Planiol, I, n° 2810.

(2) C.C.S., art. 769.

(3) C.C.F., art. 591-592.

fruit des choses dont la jouissance consiste dans l'extraction des parties intégrantes du sol, notamment celui des mines. Cette assimilation des mines aux forêts est assez inattendue. Selon MM. Rossel et Mentha ⁽¹⁾, ce texte est sans application lorsqu'il s'agit d'une mine pratiquement inépuisable. S'il s'agit d'une mine susceptible d'être épuisée, des experts fixeront le revenu dont l'usufruitier doit profiter normalement. Si l'exploitation dépasse la quantité ainsi fixée, le surplus sera placé, et le capital placé profitera au nu-propriétaire. Cette solution est pratique, mais les mines susceptibles de s'épuiser n'en présentent pas moins une différence essentielle avec les forêts qui, une fois aménagées, se renouvellent indéfiniment.

250. Nous nous bornerons à renvoyer aux art. 776, 777, 778 C.C.S. qui traitent du droit d'habitation, dont l'exercice est incessible, comme dans le Code français (C.C.F., art. 631 et 634).

§ 2. *Autres servitudes.*

251. Le droit de superficie, admis en France par l'art. 553 C.C.F., et en Allemagne par les art. 1012 à 1017 C.C.A., est admis par le Code suisse, dans les art. 675 C.C.S. et 779 C.C.S. ⁽²⁾.

252. Pour les sources, nous avons vu ⁽³⁾ que pour les acquérir, il suffit d'acquérir la petite parcelle sur laquelle la source jaillit. En outre, l'art. 780 C.C.S. en permet l'acquisition soit à titre de servitude personnelle, soit à titre de servitude réelle. Le titulaire de la servitude aura le droit (art. 780, al. 1 C.C.S., et art. 737 C.C.S.) de faire sur tout le fonds les travaux d'appropriation nécessaire, tandis que l'acquéreur de la parcelle où jaillit la source n'aura pas ce droit. Il est probable qu'en pratique, on acquerra fréquemment les sources sous cette forme de servitude.

§ 3. *Servitudes au profit des personnes.*

253. D'une manière fort heureuse, mais qui aurait paru aux auteurs du Code français présenter les plus graves dangers, et contrairement au

(1) Rossel et Mentha. *Droit civil*, II, p. 156.

(2) C.C.S., art., 675 : « Les constructions et autres ouvrages établis au-dessus ou au-dessous d'un fonds, ou unis avec lui de quelque autre manière durable, peuvent avoir un propriétaire distinct, à la condition d'être inscrits comme servitudes au registre foncier.

Les divers étages d'une maison ne peuvent être l'objet d'un droit de superficie. »

Art. 779 : « Le propriétaire peut établir en faveur d'un tiers une servitude lui conférant le droit d'avoir ou de faire des constructions soit sur le fonds grevé, soit au-dessous.

« Sauf convention contraire, ce droit est cessible et passe aux héritiers.

« Si cette servitude a le caractère d'un droit distinct et permanent, elle peut être immatriculée comme immeuble au registre foncier. »

(3) *Suprà*, n° 195 et ss.

principe posé, en termes impératifs, par l'art. 686 C.C.F., l'art. 781 C.C.S. ⁽¹⁾ permet l'établissement d'une servitude au profit d'une personne. Voici donc une servitude qui profitera à une personne et non à un fonds.

254. Comme servitude de ce genre, et à cause de la règle d'ordre public de l'art. 686 C.C.F., le Droit français ne connaît que le droit d'usage, dont l'étendue et le mode peuvent, du reste être, fort variables ⁽²⁾, mais qui est incessible, et, au plus, viager. Pratiquement, en Droit français, l'équivalent de ces servitudes peut être obtenu au moyen d'un bail à long terme ⁽³⁾, par exemple pour le droit de chasse, mais alors il ne s'agit plus de servitude. En Suisse, par contre, l'art. 781 C.C.S. permet l'établissement de toutes sortes de servitudes au profit d'une personne, et non au profit d'un fonds. Une convention peut les rendre cessibles. Selon MM. Rossel et Mentha ⁽⁴⁾, le nouveau titulaire sera inscrit au Registre foncier. Ils ajoutent cependant que l'inscription présente des difficultés, car, d'une part, il n'y a pas de fonds dominant avec lesquels elles puissent figurer au Registre, et, d'autre part, elle ne sont pas des immeubles secondaires pouvant être immatriculés. Ils proposent de la transmettre par acte authentique, sans dire si l'inscription au Registre foncier sera nécessaire. M. Wieland ⁽⁵⁾ estime que la servitude personnelle peut être immatriculée au Registre foncier, avec un feuillet spécial, comme étant un droit distinct et permanent. Cette solution nous semble préférable. En tous cas, il nous semble nécessaire que le feuillet de l'immeuble grevé mentionne la servitude, et rien ne s'y oppose, car, dans l'art. 946 C.C.S., le mot « les servitudes et les charges foncières » ne signifie pas nécessairement « les servitudes foncières » et « les charges foncières », mais plutôt « les servitudes de toute nature » et « les charges foncières ». Peut-être le législateur n'y a-t-il pas pensé, mais il est désirable que les tribunaux interprètent la loi en ce sens ⁽⁶⁾.

255. Il faut louer le législateur suisse de s'être dégagé du préjugé que la servitude doit nécessairement être l'accessoire d'un fonds dominant. Les servitudes personnelles répondent à un besoin sérieux. Cependant il ne faudrait pas que l'on en vînt à grever les immeubles de trop nombreuses servitudes, ce qu'évite le système français.

(1) C.C.S., art. 781 : « Le propriétaire peut établir, en faveur d'une personne quelconque ou d'une collectivité, d'autres servitudes sur son fonds, à la condition que le fonds se prête à une jouissance déterminée, par exemple, pour des exercices de tir ou pour un passage.

« Ces droits sont incessibles, sauf convention contraire, et l'étendue en est réglée sur

les besoins ordinaires de l'ayant droit.

« Les dispositions concernant les servitudes foncières sont d'ailleurs applicables. »

(2) Cf. Planiol I, n° 2935.

(3) Planiol, *ibid.*, n° 2934.

(4) Rossel et Mentha, II, p. 169.

(5) Wieland, *Droits réels*, art. 655, n° 5.

(6) Cf. *Exposé des motifs de l'avant-projet* (1902), III, p. 314.

256. Le Code allemand ⁽¹⁾ prévoit aussi les servitudes personnelles, et ses dispositions ressemblent à celles du Code suisse.

§ 4. Charges foncières.

257. Après avoir admis l'existence de servitudes au profit d'une personne, ce que le Droit français interdit, voici que le Code civil suisse, art. 782 et ss. ⁽²⁾, admet l'existence de véritables servitudes à la charge d'une personne, ce que l'art. 686 C.C.F. prohibe encore plus rigoureusement. Ainsi qu'il était naturel ⁽³⁾, lors de la discussion du projet, les juriscultes de la Suisse romande, pénétrés de la notion française, s'élevèrent contre ce projet de création d'un droit réel « dont l'objet principal est, non « point l'immeuble même qu'il frappe, ni la valeur de cet immeuble, « mais une activité humaine ». M. Wieland ⁽⁴⁾ estime qu'en pratique, les seules charges foncières importantes seront celles du Droit public : impôt foncier, contributions pour l'entretien des digues, obligation à des travaux de protection des rives d'un fleuve, etc.

258. Les charges foncières « sont des charges imposées sur un immeuble, obligeant son propriétaire à acquitter certaines prestations, du paiement desquelles répond l'immeuble. ⁽⁵⁾ » La prestation peut être en nature, en argent ou en travail; on peut citer l'obligation d'entretenir les rives d'un cours d'eau, de fournir de l'argile à une briqueterie, de livrer de l'énergie électrique, de livrer du lait à une fromagerie, etc.

Le propriétaire doit *fournir* quelque chose. S'il devait seulement *tolérer* quelque chose, il y aurait servitude et non charge foncière.

259. Nous savons déjà que, en Droit suisse comme en Droit français, le propriétaire du fonds servant peut être tenu à certaines prestations, mais *accessoirement* à une servitude (curage d'un cours d'eau traversant le fonds servant, entretien d'un chemin, etc.); mais, pour les charges foncières, c'est la prestation qui est le principal, et elle n'est pas l'accessoire d'une servitude.

260. La notion des charges foncières remonte au moyen âge, où elle existait sous forme de dîmes ecclésiastiques, redevance des tenanciers,

(1) C.C.A., art. 1090 à 1093.

(2) C.C.S., art. 782 : « La charge foncière assujettit envers un tiers le propriétaire actuel d'un fonds à certaines prestations pour lesquelles il n'est tenu que sur son immeuble. »

« La charge peut être due au propriétaire actuel d'un autre fonds. »

« Sous réserve des lettres de rente et des

charges foncières de droit public, les prestations doivent être en corrélation avec l'économie du fonds grevé ou se rattacher aux besoins de l'exploitation du fonds dominant. »

(3) Voir Rossel et Mentha II p. 171.

(4) Wieland. *Droits réels*, art. 782, n° 2.

(5) Wieland. *Droits réels*, art. 782, n° 1.

corvées diverses. A l'époque moderne, elles se divisèrent en charges de Droit privé et charges de Droit public, notamment l'impôt foncier. Le Droit français prohiba les charges de Droit privé. En Suisse allemande, on se contentait de décider que les charges de Droit privé seraient nécessairement rachetables.

261. Pour qu'il y ait charge foncière, il faut que le propriétaire d'un fonds, en cette qualité, soit tenu à certaines prestations. M. Wieland ⁽¹⁾ estime que le droit à la prestation est de nature obligatoire, et non de nature réelle, car ce qui caractérise le droit réel c'est d'être opposable à tous, tandis qu'ici le droit n'est opposable qu'à une personne, qui est déterminée, bien qu'indirectement, par son droit de propriété sur l'immeuble. D'où il résulte qu'il faudra appliquer les règles du Code des Obligations en matière de demeure, compensation, etc. De plus, le bénéficiaire peut se satisfaire avec le produit de la vente du fonds grevé; c'est là le dernier élément auquel se reconnaît la charge foncière; ainsi un droit de préemption, bien que frappant un propriétaire comme tel, ne constitue pas une charge foncière. Les charges foncières ont donc un caractère mixte ⁽²⁾ : elles sont constituées au moyen d'un rapport obligatoire personnel uni à un droit réel du créancier sur l'immeuble qui répond seul de l'exécution de l'obligation.

262. M. Wieland en conclut que la charge foncière est un sous-genre du droit de gage. Et il est exact que l'art. 58 de la Loi de promulgation, modifiant l'art. 37 de la loi suisse du 11 avril 1889 sur les poursuites et faillites, englobe les charges foncières, avec les lettres de rente, les gages immobiliers du Droit antérieur au Code, les cédules hypothécaires, etc., sous le nom général d'*hypothèques*. La lettre de rente, que nous retrouvons, est « une créance constituée en charge foncière sur un immeuble ⁽³⁾, et elle est un « gage immobilier » ⁽⁴⁾. La charge foncière est donc bien une espèce de gage immobilier. Historiquement, il n'en est pas ainsi, car l'ancienne charge foncière était une institution distincte du gage immobilier et de l'hypothèque. En somme, il est permis de regretter, avec MM. Rossel et Mentha ⁽⁵⁾, que la charge foncière ait trouvé une place à part dans le Code civil suisse, alors que le même résultat pouvait être obtenu au moyen d'une obligation personnelle, accompagnée de clauses pénales, et d'un droit réel de gage immobilier ou d'hypothèque.

263. La charge foncière peut consister, nous l'avons dit, en presta-

(1) Wieland, *Droits réels*, n° 3. a.

(2) *Ibid.*

(3) C.C.S., art. 847.

(4) C.C.S., art. 793.

(5) Rossel et Mentha, II, p. 171.

tions en nature (livraison de produits divers), en argent (cf. C.C.S., art. 785; ex. : redevances annuelles d'un superficiaire), en travail (entretien d'un chemin). La prestation peut être unique, ou renouvelable périodiquement, soit pour une durée déterminée, soit indéfiniment. Elle peut être constituée au profit d'une personne, ou au profit d'un fonds.

264. C'est au cours des discussions du Code que fut ajouté l'alinéa 3 de l'art. 782, exigeant, sauf pour les lettres de rente et les charges foncières de droit public, que la prestation soit en corrélation avec l'économie du fonds grevé, ou se rattache aux besoins de l'exploitation du fonds dominant. Le législateur a voulu, par ce moyen, exclure les prestations de caractère purement personnel, telles que l'obligation de fournir un travail domestique au titulaire du droit. Et si la charge est constituée en faveur d'un fonds, il faut que ce fonds comporte une « exploitation ». Selon MM. Rossel et Mentha (1), on ne peut constituer en charge foncière l'obligation de frotter les parquets d'une maison bourgeoise, de râtelier les allées ou tondre le gazon du jardin.

Par contre, si le fonds voisin comporte une exploitation, il résulte que de telles charges foncières pourraient être constituées, ce qui ressemble de fort près aux corvées du moyen âge.

265. Les charges foncières s'acquièrent et s'inscrivent au Registre foncier comme la propriété immobilière (art. 783). Les charges foncières de Droit public sont dispensées de l'inscription (art. 784).

266. L'art. 785 (2) présente une rédaction bizarre. Il semble (3) que, toutes les fois qu'il s'agit d'une créance (le texte allemand montre qu'il s'agit d'une créance d'argent), il pourra y avoir lieu à la création d'une lettre de rente, mais non à celle d'une charge foncière.

Nous préférons (4) penser qu'il peut y avoir charge foncière si la créance est en corrélation avec l'économie du fonds grevé (art. 782, al. 3), si elle est par exemple d'une redevance périodique à raison d'un droit de servitude accordé, mais qu'au contraire il ne peut y avoir lieu qu'à la constitution d'une lettre de rente, et non d'une charge foncière, s'il s'agit d'une créance d'argent ordinaire, pour cause de prêt par exemple; en ce cas l'art. 782, al. 3 écarte précisément la charge foncière.

267. La charge foncière s'éteint par la radiation de l'inscription, et par la perte de l'immeuble grevé (art. 786 C.C.S.).

Le créancier (art. 787 C.C.S.) peut exiger le rachat (5) quand une

(1) *Ibid.*, p. 173.

(2) C.C.S., art. 785 : « Les règles concernant la lettre de rente s'appliquent aux charges foncières établies pour sûreté d'une créance. »

(3) Cf. Rossel et Mentha, II, p. 174.

(4) Cf. Wieland, art. 785. N° unique.

(5) Les conditions du rachat sont fixées par l'art. 789 C.C.S.

convention l'y autorise, et, en outre, si la division de l'immeuble compromet ses droits, si le propriétaire diminue la valeur de l'immeuble sans offrir de sûreté en échange, s'il n'a pas acquitté ses prestations de trois années consécutives. Inversement, le débiteur (C.C.S., art. 788) peut demander le rachat ⁽¹⁾, quand une convention l'y autorise, et, en outre, si l'autre partie n'observe pas le contrat, et, moyennant préavis d'un an, après trente ans. Cette dernière règle est d'ordre public; elle souffre cependant une exception, prévue par l'alinéa 4, dans le cas où il s'agit d'une charge foncière qui se rattache à une servitude perpétuelle. Il faut admettre qu'il existe encore une autre exception pour les charges foncières de Droit public.

268. La charge foncière est imprescriptible (C.C.S., art. 790).

269. La charge foncière (art. 791 C.C.S.) ne donne aucune créance personnelle contre le débiteur, mais seulement le droit d'être payé sur le prix de l'immeuble grevé. Nous retrouvons ici l'analogie, signalée par M. Wieland ⁽²⁾, entre la charge foncière et le gage immobilier. En cas de mutation, la dette passe à la charge du nouveau propriétaire (C.C.S., art. 792). Trois ans après son exigibilité, chaque prestation devient dette personnelle, et cesse d'être garantie par l'immeuble (C.C.S., art 791); à partir de ce moment, sa prescription est régie par les règles du Code des Obligations ⁽³⁾.

270. Le rachat s'opère moyennant le paiement de la somme inscrite au Registre foncier comme valeur de la charge. Mais la partie qui exerce le rachat a le droit de prouver que la valeur réelle est inférieure ou supérieure à cette somme inscrite. (C.C.S., art. 789.)

271. Telle est, sommairement examinée, cette institution de la charge foncière, au sujet de laquelle MM. Rossel et Mentha ⁽⁴⁾ estiment, avec raison, que le législateur s'est proposé une tâche artificielle et s'est condamné à ne rien faire de satisfaisant, pendant que M. Wieland ⁽⁵⁾ estime qu'en pratique les charges foncières n'auront aucune importance, sauf celles de Droit public, pour lesquelles ne sont pas écrites les règles du Code civil.

272. Il semble bien que le législateur suisse s'est laissé impressionner par le fait que le Code allemand ⁽⁶⁾, à une époque où il avait la réputation d'être un monument juridique sans défaut, a admis la charge foncière, ou redevance foncière (*Reallast*). Comme il arrive souvent, l'œuvre ori-

(1) *Idem*.

(2) *Suprà*, n° 262.

(3) Code des Obligations — en principe dix ans; art. 127 C.O. — pour les redevances

périodiques cinq ans, art. 128 C.O.

(4) Cf. Rossel et Mentha, II, p. 171.

(5) Wieland, art. 782, n° 2.

(6) C.C.A., art. 1105 à 1112.

ginale a été déformée par celui qui l'a imitée. C'est ainsi que l'art. 1105 C.C.A. décide qu'un immeuble « peut être grevé, au profit de tiers, du droit de retirer de cet immeuble des prestations périodiques ». Ces prestations peuvent bien consister en services personnels, mais il faut qu'elles soient *tirées* de l'immeuble, ce qui est de l'essence même de la redevance foncière ⁽¹⁾, tandis que, d'après l'art. 782 C.C.S., il suffit qu'elles soient *en corrélation* avec l'économie du fonds grevé, *ou* qu'elles se rattachent aux besoins de l'exploitation du fonds dominant, ce qui est beaucoup plus large, et permet de faire revivre, comme nous l'avons déjà remarqué, de véritables corvées rappelant celles du moyen âge.

CHAPITRE III

POSSESSION IMMOBILIÈRE

SECTION I. — Généralités.

273. Le Code français (C.C.F., art. 2268) définit la possession comme étant la détention ou la jouissance d'une chose. M. Planiol ⁽²⁾ critique justement cette définition comme insuffisante, et même inexacte, car la détention, viciée par la précarité, est distincte de la possession. De même, la jouissance peut être précaire, par exemple la jouissance du locataire. Le même auteur définit la possession comme « un état de fait qui consiste « à détenir une chose d'une façon exclusive et à accomplir sur elle les mêmes actes matériels d'usage et de jouissance que si on en était propriétaire. »

274. Le Code suisse ne définit la possession que par ses effets ⁽³⁾. Le vice de la définition suisse est visible : les termes de la définition doivent être plus clairs que l'objet à définir. Or, l'expression de « maîtrise effective » est au moins aussi compliquée que le mot de possession. Peut-être cette

(1) Code civil allemand, éd. du Comité de lég. étrang., note sous l'art. 1105.

(2) Planiol, I, n° 2263.

(3) C.C.S., art. 919 : « Celui qui a la maî-

trise effective de la chose en a la possession.

« En matière de servitudes et charges foncières, la possession consiste dans l'exercice effectif du droit. »

définition échapperait-elle à cette critique si elle était ainsi modifiée : « Celui qui, en fait, se comporte comme s'il était propriétaire d'une chose, en a la possession. »

275. La définition du Code allemand (C.C.A., art. 854) est atteinte du même vice : « La possession d'une chose s'acquiert par l'obtention du pouvoir de fait (*thatsächliche Gewalt*) sur cette chose. » Quand on voit les commentateurs français ⁽¹⁾ expliquer que ce pouvoir de fait ne consiste pas dans un « simple pouvoir matériel », il faut bien conclure que le terme « pouvoir de fait » est aussi compliqué que le mot « possession ». En outre, que signifient ces mots : « la possession s'acquiert par l'obtention du pouvoir de fait » ? La possession n'est pas nécessairement obtenue ; souvent elle existe sans avoir été demandée ni obtenue.

Il est vrai qu'il est plus facile de critiquer une définition que d'en trouver une meilleure.

276. En Droit français, en matière immobilière, la possession a une importance de premier ordre, à tel point que, à part le cas très rare de l'occupation, la seule preuve légale de la propriété est celle qui résulte de la possession trentenaire ⁽²⁾. En Droit suisse, et en Droit allemand, nous avons vu ⁽³⁾ combien la prescription à l'encontre du Registre foncier est moins importante que la prescription acquisitive immobilière en France. Par contre, en matière mobilière, les Droits suisse et allemand attribuent à la possession une importance capitale. Rejetant notre notion du transfert de la propriété par simple accord de volonté, le droit suisse donne à la possession, en matière mobilière, la fonction dévolue à l'inscription au Registre foncier en matière de droits réels sur les immeubles ⁽⁴⁾. Comme le dit l'*Exposé des Motifs* ⁽⁵⁾ : « La présomption de propriété attachée à la possession, et ses effets, ne s'étendent qu'au mobilier ; quant aux immeubles, ce n'est pas la puissance de fait, mais l'inscription au « Registre qui confère la propriété. »

277. Les règles de la possession sont, cependant, les mêmes en matière immobilière qu'en matière mobilière ⁽⁶⁾, en ce qui concerne l'obligation de restituer du possesseur, en ce qui concerne la prescription acquisitive, du reste peu importante pour les immeubles, enfin en ce qui concerne la protection de la possession.

(1) C.C.A., éd., éd. Comité de lég. étrang., art. 854, note 1.

Voir sur toute cette matière : De Jhering, *Rôle de la volonté dans la possession*, trad. Paris 1891. De Jhering. *Possession, théorie abrégée*, *Œuvres choisies*, trad. de Meule-

naere, II, pp. 215 et ss.

(2) Planiol, I, n° 2451.

(3) *Infra*, n° 154 et ss.

(4) Rossel et Mentha, II, p. 337.

(5) *Exposé des motifs*, p. 693.

(6) Cf. *Exposé des motifs*, *ibid.*

278. L'article 919 C.C.S., après avoir parlé, dans l'alinéa 1, de maîtrise effective, déclare, dans l'alinéa 2, qu'en matière de servitudes et charges, la possession consiste dans l'exercice effectif du droit. Peut-être les mots : « exercice effectif du droit de propriété » auraient-ils pu passer dans l'alinéa 1, et fournir une bonne définition de la possession en général.

279. L'article 920 C.C.S. (1) dispose que plusieurs peuvent avoir ensemble la possession d'une même chose, les uns à titre de possession originaire, les autres à titre de possession dérivée. Il était utile de le dire, car le possesseur originaire, par exemple un propriétaire qui concède un usufruit sur sa chose, a précisément perdu la maîtrise *effective* de l'article 919, quand bien même l'usufruitier possède pour lui.

280. Il faut louer le législateur suisse pour avoir, en vertu du même article 919 C.C.S., considéré comme possesseurs, non seulement l'usufruitier, le gagiste, mais aussi le locataire, le fermier, le dépositaire, le commodataire, auxquels seront donc accordés les divers moyens de protection de la possession. C'est là un progrès, auquel auront contribué les jurisconsultes français, notamment M. Saleilles (2).

281. Encore faut-il, pour qu'il y ait possession dérivée, que le propriétaire ait fait *remise* de la chose à un tiers, *pour lui conférer* soit un droit de servitude ou de gage, soit un droit personnel, de telle sorte que le simple pouvoir de fait au profit d'autrui, et avec obligation de suivre les instructions du maître, ne confère pas la possession.

C'est ce que dit implicitement le Code civil allemand, dans son article 855. Ainsi, le chauffeur conduisant l'automobile de son maître n'en a pas la possession. Cependant les mots « maîtrise effective » de l'article 919 C.C.S. pourraient lui être appliqués, et il faut un commentaire pour les écarter à son sujet.

282. Une interruption passagère ne fait pas perdre la possession (C.C.S., art. 921). La possession (C.C.S., art. 922), se transfère par la remise à l'acquéreur de la chose même, ou des moyens qui la font passer en sa puissance. Le même texte et l'article 923 C.C.S. contiennent les dispositions relatives à la tradition entre absents.

283 Il se peut que la tradition matérielle soit impossible, parce que,

(1) C.C.S., art. 920 : « Lorsque le possesseur remet la chose à un tiers pour lui conférer soit un droit de servitude ou de gage, soit un droit personnel, tous deux en ont la possession. »

« Ceux qui possèdent à titre de propriétaire ont une possession originaire, les autres une possession dérivée. »

Cf. C.C.A., art. 868.

(2) Voir Planiol, I, n° 2268. De Jhering. *Fondement de la protection possessoire*. 1865. Id. *Rôle de la volonté dans la possession*, trad. de Meulenaere, pp. 17, 193, 213-263, Saleilles. *Éléments constitutifs de la possession*, 1894. Esmein N. R. H. 1877, pp. 489-500. Windscheid. *Lehrbuch* 1, 9^e éd., 1906, p. 737 et ss. Girard. *Droit Romain*, 5^e éd., pp. 266 et ss., et notes.

par exemple, un tiers, un usufruitier, ou un locataire, a la chose en sa puissance directe. L'article 924 C.C.S. ⁽¹⁾ prévoit le cas. Alors, la tradition n'est pas nécessaire. En ce cas, le tiers, usufruitier, locataire, qui a la possession dérivée, peut ne pas tenir compte du transfert de possession, jusqu'à ce qu'il en ait reçu avis. Si c'est l'aliénateur qui demeure en possession à un autre titre (vendeur devenant locataire, par exemple), il n'y a pas besoin de tradition matérielle pour conférer à l'acquéreur la possession originaire. C'est un cas de constitut possessoire.

284. Aux termes de l'alinéa 3, un tiers, par exemple un gagiste qui avait la possession dérivée, peut jusqu'à ce qu'il ait reçu l'avis prévu par l'alinéa 2, refuser la délivrance de la chose à l'acquéreur, en se basant sur les motifs qui lui auraient permis de la refuser à l'aliénateur, même si ces motifs étaient nés postérieurement à l'aliénation, mais antérieurement à l'avis donné.

SECTION II. — Protection de la possession.

285. En Droit français, les actions possessoires qui, d'après une opinion autorisée ⁽²⁾, ne peuvent être rattachées directement aux interdits possessoires du Droit romain, mais ont pour origine le droit canonique, ne sont pas l'objet de dispositions du Code civil. C'est dans le Code de procédure civile (art. 23 à 27) et dans les lois sur les Justices de Paix ⁽³⁾ qu'il faut les chercher. Elles sont au nombre de trois, selon l'opinion de la Cour de Cassation ⁽⁴⁾ : la *complainte*, qui exige l'*animus domini*, une possession exempte de vice, la durée annale, la possession d'une chose susceptible d'être l'objet d'un droit de propriété privée ; la *réintégrande*, qui exige une dépossession violente, suppose seulement une possession paisible et publique, sans autre condition ; enfin la *dénonciation de nouvel œuvre*, qui protège le possesseur contre un trouble futur, et n'a guère qu'une existence théorique ⁽⁵⁾, les arrêts relevant, en général, un trouble déjà né donnant lieu à la complainte.

286. Comme première protection, le Code suisse, dans son article

(1) C.C.S., art. 924 : « La possession peut s'acquérir sans tradition, lorsqu'un tiers ou l'aliénateur lui-même demeure en possession de la chose à un titre spécial.

« Ce transfert ne produit d'effets à l'égard du tiers resté en possession que dès le moment où l'aliénateur l'en a informé.

« Le tiers peut refuser la délivrance à l'acquéreur pour les motifs qui lui auraient permis de la refuser à l'aliénateur. »

(2) Planiol, I, n° 2305. Cf. Jhering. *Du fondement de la protection possessoire*, trad. Meulenaere, 2° éd., p. 105. Garsonnet. *Cours de procédure*, I, n° 131.

(3) Lois françaises des 25 mai 1838 et 12 juillet 1905.

(4) Dalloz. Rép. Pr. V° Actions possessoires, n° 3.

(5) Planiol, I, n° 2310. Voir cependant Cass. 1^{er} déc. 1829. D. 30. 1. 17. — S. 30. 1. 32.

926 (1), donne un moyen de légitime défense. Cette notion de la légitime défense, en droit civil, se trouve déjà exprimée dans l'article 52 (ancien art. 56) du Code des Obligations, dont l'alinéa 1 est ainsi conçu : « En cas de légitime défense, il n'est pas dû de réparation pour le dommage causé à la personne ou aux biens de l'agresseur. »

287. Le Code civil allemand présente des dispositions analogues : l'article 227 C.C.A. est ainsi conçu (2) : « L'acte causé par la nécessité n'est pas illégal; la nécessité consiste en la défense indispensable pour repousser une attaque actuelle illégale contre soi ou autrui. » L'article 859 du Code allemand est encore plus énergique (3) : « Le possesseur peut repousser par la force la voie de fait défendue. Si une chose mobilière lui a été enlevée par la force, il peut la reprendre de la même manière à celui qui a été surpris en flagrant délit ou qu'il poursuit sur-le-champ. Si la possession d'un immeuble lui a été enlevée ainsi, le possesseur peut, aussitôt après sa dépossession, déposséder l'usurpateur en employant lui-même la force. Le même droit appartient au possesseur contre celui dont la possession est viciée aux termes de l'article 858, alinéa 2. »

288. Le Code civil français ne contient pas de disposition de ce genre; il se borne à examiner les effets de la violence au point de vue du consentement (C.C.F., art. 1111 à 1115), et par suite au point de vue de la validité des contrats; il dispose en outre que, pour être valable, la possession doit être exempte de violence, comme le déclare l'article 2233 C.C.F. : « Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d'opérer la prescription. La possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé. » Il n'y a aucun rapport entre ces dispositions, qui se bornent à tirer du fait de la violence des conséquences juridiques, et les textes suisse et allemand, qui autorisent l'emploi de la force pour repousser la violence, et même pour poursuivre l'agresseur.

Le Code pénal français présente cependant certaines dispositions au sujet de la défense de la propriété attaquée par un agresseur; l'art. 322 déclare excusables (c'est-à-dire que la peine sera réduite) le meurtre et les coups et blessures commis en repoussant pendant le jour l'escalade ou l'effraction des clôtures d'un local habité, ou de ses dépendances. Si le fait a lieu pendant la nuit, le crime ou le délit n'existe plus, en raison

(1) C.C.S., art. 926 : « Le possesseur a le droit de repousser par la force tout acte d'usurpation ou de trouble. »

« Il peut, lorsque la chose lui a été enlevée par violence ou clandestinement, la reprendre aussitôt, en expulsant l'usurpateur s'il s'agit d'un immeuble et, s'il s'agit d'une chose

mobilière, en l'arrachant au spoliateur surpris en flagrant délit ou arrêté dans sa fuite. »

« Il doit s'abstenir de toutes voies de fait non justifiées par les circonstances. »

(2) Trad. de la Grasserie. Pedone, éd.

(3) Trad. de la Grasserie. Pedone, éd.

de la nécessité actuelle de la légitime défense (C. Pén., art. 328, 329). Le fait que ces textes ne s'appliquent qu'à la défense des lieux habités suffit à montrer que le Code français n'a en vue que la légitime défense des personnes, et non des biens. Et ce sont des textes négatifs, punissant moins rigoureusement ou supprimant toute pénalité pour certains attentats contre les personnes, et n'ayant pas pour objet, comme c'est le cas pour les textes suisse et allemand, d'autoriser l'emploi de la force pour protéger les biens. En outre, il sera rare que la défense de la possession, prévue par les textes suisse et allemand, exige nécessairement, et jusqu'à les autoriser et les rendre légitimes, un homicide ou des coups et blessures. Le fait ne se produira que si l'agresseur devient dangereux pour le possesseur, et il s'agira dès lors, non plus de la légitime défense d'un bien, mais de celle d'une personne.

289. Faut-il approuver le système français, ou les systèmes suisse et allemand ? En fait, tant qu'il n'y aura pas homicide ou coups et blessures, mais simple emploi de la force, le magistrat français ne devrait pas condamner celui qui repousse un agresseur injuste. Cependant, il sera trop souvent tenté de dire à la partie : « Vous n'avez pas le droit de vous faire justice à vous-même, vous devez vous adresser aux Tribunaux ! » et c'est une perspective peu réjouissante qu'il présente ainsi. Partout, la machine judiciaire est lourde à mouvoir, et nous approuvons le système suisse qui permet expressément l'emploi de la force. C'est le meilleur moyen de faire réfléchir et de rendre moins audacieux les agresseurs.

290. Lorsqu'il s'agissait de la question de l'abus du droit ⁽¹⁾, nous avons critiqué les législateurs suisses et allemands qui autorisaient le juge à refuser toute sanction à un acte conforme à la loi, telle qu'elle est littéralement écrite.

Nous disions et nous persistons à penser que le magistrat timide ne profitera jamais de la permission, et que le magistrat trop hardi en abusera. Ici, nous pensons, au contraire, que le magistrat le plus timoré osera faire ce qu'il n'eût jamais osé faire sans un texte : approuver l'emploi immédiat de la force pour repousser la violence. Et le magistrat hardi, qui, en tous cas, eût jugé de même, aura un bon texte pour baser sa décision. Les législateurs suisses après les législateurs allemands instruits par l'expérience et la pratique de ce qu'ils voyaient autour d'eux se sont mis en présence de la réalité et n'ont pas supposé un état social parfait, où la justice serait instantanément au service du droit.

(1) *Suprà*. Cf. nos 51, 223, 225, 239.

291. Une action, qui ressemble à la réintégrande du Droit français, est prévue par l'article 926 C.C.S. (1).

292. Enfin, en cas de trouble, l'article 928 (2) C.C.S. prévoit une action ressemblant à la complainte du Droit français, mais sans exiger la possession annale.

293. Les actions possessoires doivent, à peine de déchéance, être intentées dès que le possesseur connaît le fait et l'auteur du fait qui porte atteinte à son droit, et se prescrivent par un an (C.C.S., art. 929).

SECTION III. — Effets juridiques de la possession.

294. Dans la notion française, la possession, outre qu'elle donne droit aux actions possessoires, produit des effets importants; elle fait présumer le possesseur propriétaire, et elle conduit à l'acquisition de la propriété.

En ce qui concerne la présomption de propriété, nous ne nous occuperons pas ici de la règle importante de l'article 2279 C.C.F., qui est relative aux choses mobilières.

295. En matière immobilière, la possession confère au possesseur le rôle de défendeur, de telle sorte que, si le véritable propriétaire ne peut faire sa preuve (titres égarés, impossibilité de prouver une possession antérieure faute de témoins, etc.), le possesseur sera déclaré propriétaire, par décision de justice.

296. En ce qui concerne l'acquisition de la propriété, la possession y conduit directement, pour les choses sans maître, par droit d'occupation. Elle y conduit, après une durée de dix à trente ans, par usucapion ou prescription acquisitive. Enfin, le possesseur de bonne foi fait les fruits siens (C.C.F., art 549).

297. En Droit suisse, nous ne nous occuperons pas plus qu'en Droit français de la présomption de propriété attachée à la possession en matière mobilière (3).

Pour les immeubles, la présomption de propriété est écartée, en vertu des règles du Registre foncier, par l'article 937 C.C.S. (4). Ce texte contient une contradiction apparente dans sa rédaction : l'action pour cause

(1) C.C.S., art. 926, voir le texte sous le n° 286.

(2) C.C.S., art. 928 : « Le possesseur troublé dans sa possession peut actionner l'auteur du trouble, même si ce dernier prétend à quelque droit sur la chose.

« L'action tend à faire cesser le trouble, à la défense de le causer et à la réparation du dommage. »

(3) C.C.S., art. 930 à 936.

(4) C.C.S., art. 937 : « S'il s'agit d'immeubles immatriculés au registre foncier, la présomption du droit et les actions possessoires n'appartiennent qu'à la personne inscrite.

« Celle qui a la maîtrise effective de l'immeuble peut toutefois actionner pour cause d'usurpation ou de trouble. »

d'usurpation et de trouble est une action possessoire; elle est accordée par l'alinéa final à celui qui a la maîtrise de fait, même sans immatriculation, tandis qu'aux termes du premier alinéa, elle n'est accordée qu'à la personne inscrite au Registre.

La contradiction disparaît, à la condition que l'on définisse les actions possessoires autrement que ne les définit l'usage français actuel. Lorsqu'il s'agit des actions qui ne tendent qu'au rétablissement de l'état de fait, comme les actions en matière d'usurpation et de trouble, il suffit d'avoir la maîtrise de fait, et l'inscription au Registre n'est pas nécessaire. Au contraire l'inscription est nécessaire pour les actions *aus dem Besitze*, qui intéressent le fond même du droit, comme les actions, fondées sur la possession, accordées, en matière mobilière, par les articles 930 à 936 C.C.S. (1); ainsi, une personne ayant la maîtrise du fait, mais non inscrite, ne peut se prévaloir de cette maîtrise de fait (sauf les règles de l'usucapion) pour exercer la revendication. La possession, ici, n'est pas une présomption de propriété. Le Code suisse est logique : l'inscription, en matière immobilière, est l'équivalent de la tradition et de la possession en matière mobilière.

Il est cependant permis à un juriste français de critiquer la rédaction de l'article. Les mots : « actions possessoires » ont un sens bien défini dans la langue juridique française, et l'art. 937, al. 1, C.C.S. emploie ces mots dans un sens qui exclut précisément les actions possessoires, telles que les connaît la langue juridique française, c'est-à-dire la complainte et la réintégrande.

En résumé, il eût été plus simple de supprimer, dans l'al. 1, les mots d'actions possessoires, et de dire que la présomption du droit de propriété n'appartient qu'à la personne inscrite, lorsqu'il s'agit d'immeubles immatriculés.

298. Pour les immeubles non immatriculés, la loi est muette; selon MM. Rossel et Mentha (2), l'article 48 du Titre final renvoie à la législation cantonale.

299. Au sujet de la restitution des fruits (3) et des règlements d'indemnités, les règles, en Suisse, sont les mêmes en matière mobilière et en matière immobilière. Elles sont posées par les articles 938, 939 et 940 C.C.S. Le possesseur de bonne foi garde les fruits, et ne doit rendre la chose que dans l'état où elle était quand il a cessé d'être de bonne foi.

(1) Cf. Rossel et Mentha I, p. 356, 357.

(2) *Ibid.*, p. 356.

(3) Cf. De Jhering. *Mélanges d'exégèse*,

œuvres choisies, trad. de Meulenaere, I, pp. 191 et ss.

Cependant, si la chose, en diminuant de valeur, se trouve représentée par une autre valeur dans le patrimoine du possesseur de bonne foi, celui-ci doit restituer son enrichissement ⁽¹⁾. Il a droit à indemnité, avec droit de rétention, pour les impenses nécessaires et utiles. Pour les autres impenses, il ne peut qu'enlever ce qu'il a ajouté à la chose, s'il le peut sans endommager cette chose, à moins que le demandeur ne préfère lui offrir la contre-valeur.

300. Le possesseur de mauvaise foi doit tout restituer, notamment les fruits, et indemniser de tout dommage résultant de l'indue détention. Il n'a droit à indemnité que pour les impenses nécessaires. L'article 940, al. 2 ajoute : « il ne répond que du dommage causé par sa faute, aussi « longtemps qu'il ignore à qui la chose doit être restituée. » C'est assez obscur ⁽²⁾.

301. Dans les cas, qui deviendront rares lorsque le *Registre foncier* fonctionnera partout, où la possession conduit à la prescription en matière immobilière, l'article 941 C.C.S., qui correspond à l'article 2235 C.C.F. permet au possesseur de joindre à sa propre possession la possession utile de son auteur.

CHAPITRE IV

VENTE IMMOBILIÈRE

SECTION I. — Généralités.

302. L'étude du régime de la propriété immobilière dans une législation déterminée exige un examen, tout au moins sommaire, du contrat de vente, le plus fréquent et le plus important des actes transférant cette propriété.

303. Le Code civil français ne fait pas une place à part à la vente immobilière, et c'est au cours du titre où il traite de la vente en général que se trouvent certaines dispositions relatives à la vente des immeubles, notamment les règles relatives à la garantie, à l'éviction, à la faculté de rachat, à la rescision pour cause de lésion.

(1) Cf. *Exposé des motifs*, p. 709.

(2) Cf. *Rossel et Mentha*, II, p. 360.

304. Quant au Code civil suisse, il ne s'occupe pas spécialement du contrat de vente, car, à l'époque où fut discuté le Code civil, c'était le Code des obligations du 14 juin 1881 qui s'occupait des contrats, et notamment du contrat de vente.

305. Or, en matière immobilière, il était indispensable d'accommoder la vente au régime immobilier nouveau. La refonte du Code des Obligations était en projet, mais rien ne permettait d'affirmer que ce Code serait révisé assez tôt pour que le régime de la vente fût refondu en même temps que le régime immobilier en général. La difficulté fut d'abord résolue en insérant dans le titre final du Code civil (1) les nouvelles dispositions relatives aux ventes immobilières. Lorsque le nouveau Code des Obligations entra en vigueur, le 1^{er} janvier 1912, on y inséra ces dispositions qui furent retirées du titre final du Code civil, de sorte que c'est dans le Code des Obligations que se trouvent les dispositions relatives aux ventes immobilières et mobilières.

306. L'ancien Code des Obligations (2) renvoyait au Droit cantonal pour les règles relatives aux ventes d'immeubles. Du reste, il y avait peu de règles propres aux seules ventes d'immeubles, et les mêmes règles s'appliquaient, en général, aux ventes de meubles et d'immeubles. Les règles spéciales aux immeubles étaient surtout celles qui régissaient la forme du contrat et la garantie.

SECTION II. — Forme du contrat.

307. Le nouveau Droit suisse, en ce qui concerne la forme du contrat de vente d'immeubles, pose une règle qu'il faut approuver sans réserve. Il exige (C.O., art. 216) (3) que le contrat soit passé en la forme authentique. Naturellement, la même exigence se retrouve quand il s'agira d'une procuration pour vendre ou acquérir un immeuble (4). Le principe, sous une forme plus générale, se trouvait déjà dans l'article 657, al. 1 C.C.S., aux termes duquel : « les contrats ayant pour objet le transfert de la « propriété (des immeubles) ne sont valables que s'ils sont reçus en la « forme authentique. »

308. Cette règle ne s'applique pas à d'autres actes relatifs à la pro-

(1) Titre final, ancien art. 58, relatif aux ventes d'immeubles. Ce texte a été abrogé, ainsi que l'ancien art. 59, et la numérotation des articles suivants fut diminuée de deux unités, lorsque le nouveau Code des Obligations fut promulgué.

(2) Code des obligations, ancien art. 231.

(3) Code suisse des obligations, art. 216 :

« Les ventes d'immeubles ne sont valables que si elles sont faites par acte authentique.

« Les promesses de vente et les pactes d'emption et de réméré ne sont valables que s'ils ont été faits par acte authentique.

« La forme écrite suffit pour les pactes de préemption. »

(4) Rossel et Mentha, III, p. 266.

priété immobilière, par exemple à la constitution des servitudes. Sans doute, ces contrats peuvent, en certains cas, être plus importants qu'une vente, mais le législateur a pensé que la vente présente des dangers spéciaux. La pratique des relations des hommes montre que la vente se prête à des surprises de volonté; l'homme le plus raisonnable peut se laisser prendre au mirage d'une bonne occasion; à plus forte raison l'homme du peuple pour lequel le mirage peut être aidé par des moyens artificiels. La présence des parties dans l'étude d'un notaire est de nature à refroidir les enthousiasmes irréfléchis. Au point de vue de la forme, l'intervention de l'officier public aboutira, au moins en général, à une meilleure rédaction de l'acte, à une désignation plus précise de l'immeuble, des servitudes, des charges, du mode de paiement du prix, etc. En France, dans les pays de petite propriété, et dans les populations rurales, les actes sous seing privé mal faits par les parties, ou mal rédigés par des agents d'affaires de campagne, donnent lieu à de nombreux petits procès. En outre, fréquemment, l'acte n'est pas transcrit, ce qui donne lieu à de nombreuses difficultés. Il serait donc désirable que les actes de vente immobilière exigent la forme authentique.

309. Le législateur suisse est encore allé plus loin. Non sans hésitation, il est vrai ⁽¹⁾, il a admis (C.O., art. 216, al. 2) que la forme authentique était également indispensable pour les promesses de vente, et pour les pactes d'emption et de réméré. Pour le pacte de préemption (C.O., art. 216, al. 3), la forme écrite suffit. Le législateur a pensé, par ce moyen, diminuer le nombre des actes où le consentement risquait d'être surpris. C'est un avantage, et presque une nécessité, car une promesse de vente, engendrant des obligations personnelles, souvent accompagnées de clauses pénales, est aussi dangereuse qu'une vente. Il est vrai que ces précautions risquent de favoriser le manque de parole : deux parties se sont mises d'accord, sans contrainte et en toute sincérité; l'une d'elles pourra impunément, si une occasion inespérée se présente, manquer à la foi jurée. C'est regrettable, mais il fallait choisir, et il semble bien que, dans la loi suisse, les avantages dépassent les inconvénients. Le projet, en ce qui concerne la promesse de vente, se contentait de la forme écrite, en donnant aux parties la faculté de se dédire pendant trois jours, en abandonnant le vingtième du prix, et limitait à six mois la durée de l'engagement. Ce système, bien qu'il fût assez artificiel, donnait de sérieuses garanties contre les surprises de volonté, tout en empêchant les manques de paroles. Le système, qui fut adopté, de l'acte authentique obligatoire est

(1) Voir Rossel et Mentha, III, pp. 266, 267.

plus simple, mais rendra rares, en pratique, les promesses de vente. A égalité de formalités, mieux vaudra passer l'acte définitif, alors surtout qu'en Suisse, la vente ni la promesse de vente ne suffisent à transférer la propriété.

310. Le Code civil allemand (C.C.A., art 313) exige aussi la forme authentique pour les ventes d'immeubles. Cependant, il ajoute que le contrat, même sans la forme authentique, sera valable dans tout son contenu, s'il a été suivi d'investiture et d'inscription sur le Livre foncier.

SECTION III. — Règles particulières au contrat de vente en Suisse.

311. En Suisse, la vente d'immeuble peut être faite sous condition, ou accompagnée de certaines réserves, notamment de la réserve de la propriété jusqu'au paiement du prix. Le projet du 3 mars 1905 ⁽¹⁾, prohibait ces modalités pour la vente, mais les admettait pour la promesse de vente. Le texte définitif (Code des Obligations, art. 217) les a autorisées dans tous les cas. Mais, pour garder au Registre foncier son caractère et sa valeur de titre de propriété définitif, il fut décidé, d'une part, que l'inscription ne pourrait se faire qu'après l'accomplissement de la condition ⁽²⁾, et, d'autre part, que le pacte de réserve de propriété ne pourrait être inscrit ⁽³⁾. Dès lors, s'il s'agit d'une condition suspensive, l'inscription ne se fera que dans le cas où elle se réalisera, et s'il s'agit d'une condition résolutoire, l'inscription ne pourra se faire que lorsqu'il sera devenu certain que la condition ne se réalisera pas, car la réalisation de la condition résolutoire a pour effet d'éteindre le contrat ⁽⁴⁾. Quant au pacte de réserve de propriété, qui ne peut être inscrit, il ne produit d'effet qu'entre les parties et à l'égard des tiers de mauvaise foi.

312. Avec l'article 218 du Code suisse des Obligations, nous abordons une question étrangère à la législation française, et que des nécessités pratiques impérieuses ont obligé le législateur suisse à résoudre; c'est la question de la revente des exploitations agricoles. A la suite de crises économiques survenues dans certaines régions de la Suisse orientale, le législateur jugea nécessaire d'intervenir. Voici, en résumé, quels sont les faits qui nécessitèrent son intervention ⁽⁵⁾ :

(1) Projet du 3 mars 1905, art. 1261. Voir Rossel et Mentha, III, p. 268.

(2) C., art. 217, al. 1.

(3) C.O., art. 217, al. 2.

(4) C.O., art. 154. Dans la règle, en Suisse,

l'accomplissement de la condition résolutoire ne produit pas d'effet rétroactif. Pour la condition suspensive, v. C.O., art. 151.

(5) Rossel et Mentha, III, p. 269. Projet du C.O. de 1905, art. 1262 du projet.

313. Dans certains cantons de la Suisse orientale se produisaient des abus, par la pratique de ce que l'on appelait la *Güterschlächtereï*, ou *Hofmetzgerei* ⁽¹⁾, mots auxquels ne correspond exactement aucune expression française. Des spéculateurs, que l'on connaît bien en France, où, dans certaines régions, on les appelle une « bande noire », achètent une exploitation agricole, et la revendent ensuite en parcelles morcelées, avec un bénéfice considérable, de sorte que le domaine, avec ses facilités et ses diversités de culture, est anéanti. Ce morcellement exagéré de la propriété est nuisible au point de vue économique ; ainsi l'opération de ces spéculateurs contribue à créer ce que l'on a appelé avec raison les *Zwergwirthschaften* ⁽²⁾. Le même abus se produisait, du reste, en Allemagne, dans les provinces du Rhin, de Hesse et de Bavière, et ailleurs encore ; il existait aussi en Alsace-Lorraine. Plusieurs dispositions législatives furent ainsi rendues nécessaires, dont la plus ancienne est la loi wurtembergeoise de 1853, qui chercha à combiner les deux remèdes possibles : soumettre les ventes de domaines à un contrôle officiel, et aggraver pour ces ventes les formes légales, ou bien encore restreindre législativement le droit d'aliéner les exploitations agricoles. La loi thurgovienne de 1896 se contenta du premier moyen. Le projet du Code civil suisse avait adopté le deuxième ⁽³⁾. Après une discussion, où la question fut présentée au Conseil national par MM. Huber et Gottofrey, et au Conseil des Etats par M. Hoffmann, les Chambres fédérales complétèrent et amendèrent le projet, en posant des règles générales, et en laissant aux cantons le soin de légiférer selon les circonstances, en se conformant à ces règles.

314. L'article 218 du nouveau Code des Obligations autorise les législations cantonales à prescrire que l'acquéreur d'une « exploitation agricole » n'aura pas le droit d'en revendre les parcelles avant l'expiration d'un délai déterminé. Le point de savoir s'il s'agit d'une exploitation agricole est une question de fait. Les cantons ne pourraient étendre les dispositions qu'ils ont le droit de prendre à d'autres catégories d'immeubles. La prohibition ne s'applique pas aux terrains à bâtir, pour lesquels la spéculation est normale et peut être utile, ni aux immeubles administrés par un tuteur pour lesquels des précautions spéciales existent dans la loi ⁽⁴⁾, ni aux immeubles vendus aux enchères ensuite de poursuite ou faillite, ce qui exclut toute idée de spéculation. En outre, l'autorité

(1) Littéralement : Boucherie ou charcuterie du domaine. La langue française ne permet pas de rendre des images de ce genre.

(2) Littéralement : propriété naine ; propriété trop morcelée et ne se prêtant pas

à une exploitation rationnelle.

(3) Code des Obligations, projet de 1905, art. 1262 proposé par M. Scherrer-Füllmann.

(4) C.C.S., art. 404.

compétente pourra toujours autoriser le morcellement, pour de justes motifs et notamment si la vente a lieu par les héritiers de l'acheteur ou dans des circonstances analogues. Les cantons ne peuvent prendre de mesures plus rigoureuses que celles ainsi prévues par le Code.

La sanction de ces diverses dispositions sera la nullité de la vente, et le refus de l'inscription au Registre foncier.

SECTION IV. — Risques en matière de vente immobilière.

315. Arrivons à la question des risques. Sur ce point, le Code suisse présente une anomalie : nous avons vu déjà ⁽¹⁾ que, pour l'acquisition de la propriété foncière, l'inscription au Registre foncier est, en principe, nécessaire, et, en ce qui concerne la propriété mobilière, la mise en possession est également nécessaire ⁽²⁾. Ainsi, le contrat de vente n'entraîne pas, par lui-même, le transfert de propriété. Or, aux termes de l'article 185 C.O. ⁽³⁾, les profits et les risques, en général, passent à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, donc à une époque où la propriété peut ne pas lui avoir encore été transférée.

316. La règle, aux XVII^{me} et XVIII^{me} siècles était : « *res perit domino* » ⁽⁴⁾. Il est vrai que la question des risques dans la vente a donné lieu, au cours de l'histoire, à des solutions procédant de principes différents. La question des risques ne se pose pas dans les contrats unilatéraux où la perte de la chose libère purement et simplement le débiteur, et où les risques sont donc pour le créancier. Au contraire, dans les contrats synallagmatiques, où il y a des obligations réciproques, il s'agit de savoir si la perte fortuite de la chose libérera ou non le créancier de cette chose de ses obligations. Selon M. Planiol, la question se résout par une règle générale, accompagnée d'une exception qui, dans la pratique, s'applique le plus souvent. La règle générale est ainsi formulée par M. Planiol ⁽⁵⁾ : « *Lorsqu'un cas fortuit ou de force majeure rend impossible l'exécution de*

(1) *Suprà*, n° 124 et ss. C.C.S., 656.

(2) C.C.S., art. 714.

(3) C.O., art. 185 : « Les profits et les risques de la chose passent à l'acquéreur dès la conclusion du contrat, sauf les exceptions résultant de circonstances ou de stipulations particulières. »

« Si la chose n'est déterminée que par son genre, il faut en outre qu'elle ait été individualisée; si elle doit être expédiée dans un autre lieu, il faut que le vendeur s'en soit dessaisi à cet effet. »

« Dans les contrats faits sous condition suspensive, les profits et les risques de la chose

aliénée ne passent à l'acquéreur que dès l'accomplissement de la condition. »

(4) Voir sur cette question, sa discussion, son développement historique, l'opinion des auteurs et la jurisprudence : Planiol, II, n° 1334 et ss. que nous suivons particulièrement au cours de cet ouvrage. Saleilles. *Théorie de l'obligation*, nos 181, 183. Duranton, X, n° 422. Colmet de Santerre, V, n° 58 bis. Laurent, XVI, n° 209. Dalloz, suppl., v° Obligations, n° 201. Voir aussi la curieuse étude de Jhering, *Œuvres choisies*, trad. de Meulenaere, tome I, p. 87.

(5) Planiol, II, n° 1336.

« l'obligation de l'une des parties, l'obligation de l'autre s'éteint en même temps et nécessairement. » La règle s'explique par ce fait que chacune des obligations est la condition de l'autre, si bien que la loi ⁽¹⁾ a prévu l'action en résolution pour le cas où l'une des parties n'exécute pas son obligation, et que, si la chose avait péri avant la formation du contrat, celui-ci serait frappé d'une nullité initiale ⁽²⁾. La jurisprudence, sans dégager la formule du principe, a cependant admis les solutions qui en découlent, en les rattachant à l'article 1184 C.C.F., qui permet de résoudre le contrat si une des parties ne satisfait pas à son engagement, et en remarquant que la faculté d'accorder un délai, accordée par ce texte, est ici sans objet, puisque, l'objet ayant péri, l'exécution est devenue impossible ⁽³⁾.

317. Pour la vente, en Droit français, la règle aboutirait à faire supporter les risques par le vendeur, puisque, la chose étant détruite fortuitement, il ne peut la livrer, et que, d'après la règle, il ne peut en exiger le prix, il perdra donc la chose et le prix. Mais, ici, la règle a été renversée; les risques ont été mis à la charge de l'acheteur dès la conclusion du contrat de vente, même s'il s'agit d'une vente accompagnée d'un délai pour la livraison; en ce cas l'acheteur supportera les risques et devra payer le prix si la chose périt fortuitement entre les mains du vendeur entre le moment du contrat et le moment de la tradition.

318. Cette règle, fort dure pour l'acheteur, comme le remarque M. Planiol, existait dès l'époque où, en Droit romain, la vente est devenue un contrat distinct, au lieu de constituer une opération au comptant, une affaire terminée en un trait de temps, dès qu'elle est devenue un contrat où l'acheteur est devenu créancier de la chose et le vendeur créancier du prix, comme c'est le cas pour la vente romaine, simplement génératrice d'obligations, qui existait certainement au VII^{me} siècle de Rome ⁽⁴⁾. Elle se justifiait, et, du reste, elle se justifie très bien, en équité, par l'idée que l'acheteur, ayant le droit de bénéficier de l'augmentation de valeur, devait, par contre, souffrir de la diminution de valeur de la chose, c'est-à-dire supporter les risques. Les jurisconsultes modernes ont cherché à justifier la même

(1) C.C.F., art. 1184.

(2) Cf. C.C.F., art. 1131, et art. 1302, où il s'agit simplement de la perte de la chose avant la mise en demeure. En matière de bail, où il s'agit d'une obligation successive, simplement résiliée *in futurum*, art. 1722. On peut citer encore, à l'appui de la règle générale, l'art. 1790, où l'on voit l'ouvrier,

chargé de travailler une matière, perdre son salaire si la matière périt, sauf par son vice propre, avant d'avoir été livrée. Il est vrai qu'ici, le maître perd aussi la matière, comme l'ouvrier le salaire.

(3) Planiol, II, n° 1339. Cf. Cass. 14 avril 1891. D. 91. 1. 329.

(4) Girard. *Droit romain*, 5^e éd., p. 538.

règle en expliquant qu'il y a, à partir du contrat de vente, un échange de créances, et que, les deux obligations ainsi formées étant distinctes, il en résulte que l'acheteur doit le prix dans tous les cas, mais qu'il n'a droit à la chose que dans l'état où elle se trouve sans la faute du vendeur. D'autres expliquent que le vendeur, d'après la volonté présumée des parties, avait précisément tenu à se défaire des risques.

319. L'article 1138 C.C.F., suivi par l'article 1583 C.C.F., tranche la question législativement en mettant la chose aux risques du créancier, c'est-à-dire ici de l'acheteur, encore que la tradition n'en ait pas été faite. Pourquoi le législateur a-t-il tranché la question en ce sens ? Il a bien appliqué la règle romaine, d'après laquelle le *periculum rei venditae* était pour l'acheteur ⁽¹⁾. Mais, aux XVII^{me} et XVIII^{me} siècles, cette idée était combattue par divers auteurs ⁽²⁾ qui soutenaient que, d'après l'équité, la chose vendue devait rester aux risques du vendeur, tant que celui-ci demeure propriétaire. C'est ce qu'exprima la maxime : *res perit domino*. ⁽³⁾

En réalité, les articles 1138 et 1583 ont concilié les deux règles inverses en consacrant un autre principe, en posant auparavant la règle que le contrat rend immédiatement le créancier, ici l'acquéreur, propriétaire. Ainsi, le *periculum rei venditae* est bien pour l'acheteur, donc *res perit emptori*, et, en outre, *res perit domino*.

320. Cette explication, qui résulte de la rédaction de l'article 1138, et dont l'exactitude est clairement démontrée par M. Planiol ⁽⁴⁾, ne peut expliquer l'article 185 du Code suisse des Obligations qui décide que les risques passent à l'acheteur dès la conclusion du contrat, alors que la propriété n'est pas nécessairement transférée en même temps.

321. Le Code suisse rejette donc nettement la règle *res perit domino*, et admet au contraire que *res perit emptori*.

D'après l'explication de MM. Rossel et Mentha ⁽⁵⁾, l'idée du législateur suisse a été que l'acheteur, qui profite des bonnes chances, soit de la plus-value que peut acquérir la chose, doit aussi profiter des mauvaises chances, donc supporter les risques. C'est l'idée romaine, d'après laquelle l'acheteur, profitant du *commodum rei venditae* ⁽⁶⁾, doit aussi supporter le *periculum rei venditae*.

322. Mais, pour les ventes immobilières, dans le cas très fréquent où un terme aura été fixé pour la prise de possession de l'immeuble vendu,

(1) Inst. III, XXIII, 3. — Dig. liv. XVIII tit. 6, fr. 8, princ.

(2) Notam. Puffendorf. *Droit de la nature et des gens*, V, ch. 5, § 3.

(3) Sur l'origine de cette maxime, voir

Planiol, II, n° 1346, note 1.

(4) Planiol, II, n° 1347.

(5) Rossel et Mentha, III, p. 227.

(6) Intitulé du tit. 6 du liv. XVIII au *Digeste*.

l'article 220 C.O. (1) pose une règle diamétralement opposée à la règle générale; les risques ne passeront à l'acquéreur qu'à partir de l'échéance de ce terme. Ainsi, après avoir posé la règle générale *res perit emptori* le législateur suisse y déroge toutes les fois qu'il s'agit d'une vente immobilière accompagnée d'un terme pour la prise de possession. MM. Rossel et Mentha (2) d'après lesquels les tribunaux peuvent admettre l'existence d'un terme tacite, expliquent ce renversement de la règle par une présomption basée sur la pratique habituelle antérieure.

323. Remarquons ici qu'en Suisse, en matière de vente mobilière, à partir de la tradition, soit à partir de la mise en possession, l'acquéreur devient propriétaire; à partir de ce moment, non seulement *res perit emptori*, mais *res perit domino*. Pour les ventes d'immeubles, accompagnées de terme pour la mise en possession, cette mise en possession ne rend pas l'acheteur propriétaire, tant que l'inscription au Registre foncier n'a pas été faite. En ce cas, lors de la mise en possession, ou lors de l'échéance du terme, et jusqu'à l'inscription, il sera vrai que *res perit emptori*, mais non que *res perit domino*. Peut-être eût-il été préférable de laisser seule la règle générale de l'article 185, sauf à permettre aux parties d'y déroger par des conventions particulières.

324. En Allemagne, la question des risques est réglée par le Code civil, dans son article 446 (3). Ici, pour les meubles, les risques passent à l'acheteur à partir de la tradition, et pour les immeubles, à partir de l'inscription au Livre foncier, ce qui est l'équivalent de la tradition mobilière. C'est donc la règle *res perit domino*. C'est en outre conforme au principe général posé par l'article 323 C.C.A., *pr.* (4): tant que le transfert de propriété n'est pas fait, les risques sont pour le vendeur, qui est demeuré propriétaire, et qui perd son droit à la contre-partie, soit au prix, si la chose périt fortuitement. Donc, en tous cas, en Droit allemand *res perit domino*.

325. Si nous voulons résumer, en un tableau synoptique, les trois législations française, suisse et allemande au sujet des risques en matière de vente, nous voyons donc que :

(1) C.O., art. 220 : « Lorsqu'un terme a été fixé conventionnellement pour la prise de possession de l'immeuble vendu, les profits et les risques de la chose sont présumés ne passer à l'acquéreur que dès l'échéance de ce terme. »

(2) Rossel et Mentha, III, p. 274.

(3) C.C.A., art. 446 (trad. R. de la Grasserie) : « A partir du moment de la livraison, les risques de la perte ou de la détérioration par cas fortuit passent à l'acquéreur, les produits lui appartiennent, et il doit supporter les charges.

« Si l'acquéreur d'un immeuble a été inscrit comme propriétaire sur le livre foncier avant la livraison, ces effets se produisent à partir de l'inscription. »

(4) C.C.A. (trad. R. de la Grasserie), art. 323, *pr.* : « Lorsque la prestation qui incombe à l'une des parties en vertu d'un contrat synallagmatique est impossible en raison de quelque circonstance, dont il n'est pas responsable, non plus que l'autre partie, cette partie perd son droit à la contre-valeur. »

1^o En France, *res perit emptori* et *res perit domino*, parce que, en raison du transfert consensuel de la propriété, *l'emptor* est le même que le *dominus*.

2^o En Suisse, en principe, *res perit emptori*, mais il n'est plus vrai que *res perit domino*, sauf, pour les choses mobilières à partir de la tradition, et pour les immeubles à partir de l'inscription au Registre foncier. Mais, exceptionnellement, pour les immeubles vendus avec terme pour la mise en possession, *res perit venditori* jusqu'au moment fixé pour la prise de possession; ensuite, et jusqu'à l'inscription au Registre foncier, *res perit emptori*; ensuite *res perit emptori et domino*.

3^o En Allemagne, jusqu'au transfert normal de propriété, tradition pour les meubles, inscription au Livre foncier pour les immeubles, *res perit venditori*, et *res perit domino*, car le vendeur reste, en principe, propriétaire jusqu'à la tradition pour les meubles (1), jusqu'à l'inscription au Livre foncier pour les immeubles (2).

En somme, les systèmes français et allemand, chacun à sa manière, sont plus simples que le système suisse (3).

SECTION V. — Délivrance ; garantie.

326. Nous voyons, notamment par la définition de la vente dans l'article 184 C.O. (4) que le contrat de vente, en Suisse, n'est pas translatif de propriété, mais seulement générateur d'obligations.

Le vendeur s'oblige à livrer la chose à l'acheteur, et à lui en transférer la propriété. Pour les choses mobilières, la délivrance se fera en transportant la chose vendue en la possession de l'acheteur. Pour les immeubles, nous remarquons, par la comparaison des articles 656 et 714 C.C.S., que l'inscription au Registre foncier correspond à ce qu'est la mise en possession pour les meubles. Nous verrons, plus loin (5), en étudiant le fonctionnement du Registre foncier, comment se fait cette inscription et

(1) C.C.A., art. 929.

(2) C.C.A., art. 873.

(3) Voir De Jhering, *Risques dans le contrat de vente*, œuvres choisies, trad. de Meulenaere, I, pp. 89 et ss.

(4) C.O., art. 184 : « La vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige à livrer la chose vendue à l'acheteur et à lui en trans-

férer la propriété, moyennant un prix que l'acheteur s'engage à lui payer.

« Sauf usage ou convention contraire, le vendeur et l'acheteur sont tenus de s'acquitter simultanément de leurs obligations.

« Le prix de vente est suffisamment déterminé lorsqu'il peut l'être d'après les circonstances. »

(5) *Infra*, n^o 528 et ss.

quelles sont les actions judiciaires qui peuvent être mises en mouvement dans les divers cas qui peuvent se présenter.

327. Quand le vendeur est en demeure, et ne fait pas la délivrance, l'article 107 C.O., applicable à tous les contrats bilatéraux, permet à l'autre partie d'impartir un délai pour l'exécution, et de demander des dommages-intérêts à l'expiration de ce délai. Cependant, ajoute le texte, le créancier qui en fait la déclaration immédiate peut renoncer à ce droit (de demander en justice l'exécution) et réclamer des dommages-intérêts pour cause d'inexécution, ou se départir du contrat. Il y a là, au profit de la partie qui n'a pas reçu satisfaction, un mécanisme de résolution du contrat beaucoup plus simple que celui de l'article 1184 C.C.F.

328. Comme comparaison avec le Droit français, nous remarquons que la vente immobilière suisse ne transfère pas la propriété, même si elle est suivie de la mise en possession de l'acheteur, et cela jusqu'à l'inscription au Registre foncier, tandis qu'en France (C.C.F., art. 1583 et 1605) la propriété est transférée dès le moment du contrat et avant même la mise en possession.

329. La garantie, en Suisse comme en France, a deux objets : 1^o la paisible possession de la chose vendue, à titre de propriétaire ⁽¹⁾, 2^o l'absence de défauts cachés, de vices rédhibitoires.

330. La garantie d'éviction (trouble et éviction proprement dite), en Droit français, réglée par les articles 1626 à 1640 C.C.F., de la manière la plus détaillée, a une importance considérable dans les ventes d'immeubles; le plus grand nombre de ces textes s'applique plutôt aux ventes d'immeubles qu'aux ventes mobilières, ainsi qu'il est facile de s'en rendre compte en lisant les articles 1630 § 2, 1632, 1634, 1635, 1637, 1638, qui, exclusivement relatifs à la vente immobilière, sont épars parmi les autres textes et ne sont pas groupés sous une rubrique spéciale.

331. Dans le Code suisse, au contraire, à part peut-être l'article 196 C.O., où il est question d'une chose grevée de charge réelle, ce qui ne s'entendra ordinairement que des immeubles (sauf cependant les meubles soumis à un droit d'usufruit) les textes ne visent pas plus les ventes immobilières que les ventes mobilières; au contraire, les articles 198 et 202 sont relatifs aux ventes de bestiaux. Cependant, comme, en matière mobilière, la propriété est transférée par la tradition, comme l'acquéreur de bonne foi d'un meuble ou d'un titre au porteur qui n'a pas été perdu

(1) Cf. Rossel et Mentha, III, p. 232, où les auteurs conservent l'énoncé de l'art. 1625 C.C.F., en ajoutant que la possession paisible doit être à titre de propriétaire, ce qui est conforme à l'interprétation française de ce texte (voir Planiol, II, n^{os} 1353 et 1476).

ni volé est protégé contre le véritable propriétaire par l'article 933 C.C.S., correspondant à l'article 2279 C.C.F., et que les règles en matière de cession de créance sont spécialement contenues dans l'article 171 C.O., il en résulte que les articles 192 à 199 C.O. seront d'une rare application en matière de ventes mobilières ⁽¹⁾.

332. En matière immobilière, les règles du Registre foncier et de la foi publique due à ce Registre ⁽²⁾ empêcheront, en général, tout trouble et toute éviction, à partir du moment où l'acquéreur est inscrit. C'est une situation parallèle à celle qui résulte de l'article 933 pour les meubles; là encore l'inscription au Registre correspond, pour les immeubles, à la mise en possession pour les meubles. Il sera donc rare que les règles de la garantie aient à être appliquées en matière de vente immobilière, lorsque l'inscription aura été faite. Elles s'appliqueront surtout aux ventes, en tant qu'il s'agira de la vente-obligation du Droit suisse. De très nombreux procès, possibles en Droit français, seront donc supprimés en Suisse, les tiers ne pouvant plus rechercher l'acheteur, couvert par l'inscription au Registre s'il est de bonne foi. Par contre, ces procès seront parfois remplacés par les actions en indemnité dirigées par les tiers définitivement dépouillés contre le vendeur qui les a privés de leurs droits.

333. La garantie des articles 192 et ss. C.O. ne porte que sur les évictions dont la cause est antérieure à la vente. Le vendeur doit, ou bien faire écarter toute action qui tiendrait à enlever la possession utile ou paisible de la chose vendue, ou bien, s'il ne peut empêcher l'éviction, indemniser l'acquéreur de tout le dommage éprouvé. Il en est de même en droit français ⁽³⁾.

334. Le vendeur ne répond pas des cas fortuits ou de force majeure, parmi lesquels il faut ranger le *fait du prince*.

335. Naturellement, et dans les deux législations, le vendeur doit s'abstenir lui-même de troubler l'acquéreur ou de l'évincer: « *Qui doit garantir ne peut évincer.* » Cette règle est déclarée d'ordre public par l'article 1628 C.C.F.

336. D'après l'article 192 C.O., al. 2 « si l'acheteur connaissait les « risques d'éviction au moment de la conclusion du contrat, le vendeur « n'est tenu que de la garantie qu'il a expressément promise ⁽⁴⁾ ». L'alinéa 3 ajoute, ce qui est l'application des règles générales en matière de dol, que « toute clause qui supprime ou restreint la garantie est nulle, si le

(1) Rossel et Mentha, III, p. 233.

(2) *Infra*, n°s 611 et ss.

(3) Rossel et Mentha, III, p. 232. — Planiol, II, n° 1477.

(4) Cf. C.C.F., art. 1629.

« vendeur a intentionnellement dissimulé le droit appartenant au tiers. »

337. Aux termes de l'article 193 C.O. : « Si l'acheteur menacé d'éviction dénonce l'instance au vendeur obligé à garantir, ce dernier est tenu, « selon les circonstances et conformément aux lois de procédure, d'assister l'acheteur ou de prendre fait et cause pour lui. » En outre l'article 194 C.O. dispose que : « Il y a lieu à garantie même si l'acheteur a reconnu « de bonne foi le droit du tiers sans attendre une décision judiciaire, ou « s'il a accepté un compromis, pourvu qu'il ait averti le vendeur en temps « utile, et qu'il l'ait invité vainement à prendre fait et cause pour lui. » En Droit français, l'acheteur peut, à son choix, demander sa mise hors de cause et laisser le vendeur soutenir seul le procès; il peut aussi, ce qui sera prudent, rester en cause, en laissant le vendeur prendre sa défense, et en surveillant la façon dont il le fait ⁽¹⁾. Si l'acheteur n'a pas averti le vendeur, nous venons de voir qu'en Suisse, il est forclos, aux termes de l'article 194 C.O., tandis qu'en France, il conserve un recours, à moins que le vendeur ne prouve qu'il existait des moyens suffisants pour faire rejeter la demande (C.C.F., art. 1640). La solution suisse est plus pratique, la solution française est plus équitable.

338. Aux termes de l'article 196 C.O. : « En cas d'éviction partielle, « ou lorsque la chose est grevée d'une charge réelle dont le vendeur « est garant, l'acheteur ne peut pas demander la résiliation du contrat, « il a seulement le droit de demander la réparation du dommage qui résulte « pour lui de l'éviction. Il peut toutefois actionner en résiliation, lorsque « les circonstances font présumer qu'il n'eût point acheté s'il eût connu « l'éviction partielle. Il doit alors rendre au vendeur la partie de la chose « dont il n'a pas été évincé, avec les profits qu'il en a retirés dans l'intervalle. » Le Code français présente des dispositions sensiblement analogues, dans les articles 1636, 1637 et 1638 C.C.F.

339. La prescription, en matière de garantie, est soumise au droit commun; elle s'accomplit donc en Suisse, par un laps de dix ans aux termes de l'article 127 C.O.

340. Quant à la garantie en raison des défauts de la chose vendue, les règles des articles 197 à 215 C.O. sont relatives particulièrement aux ventes mobilières, comme, du reste, les règles des articles 1641 à 1649 C.C.F.

341. En matière immobilière, le principal vice dont puisse être atteinte la chose vendue est le défaut de contenance. Le Code civil français a examiné la question, à propos de la délivrance, dans les articles

(1) Planiol, II, n° 1483.

1617 à 1623 C.C.F., en examinant en même temps le cas où il y a excès de contenance. Lorsqu'il s'agit d'un immeuble déterminé, l'excès ou le défaut de contenance ne donne pas lieu à modification de prix, à moins qu'il n'excède un vingtième du total. En cas d'excès de contenance, comme l'acheteur peut être incapable de payer un supplément de prix, il a le choix de payer ce supplément, ou de se désister du contrat. En cas de défaut de contenance, il a droit à un supplément de terrain si c'est possible; sinon il a droit à une diminution de prix. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il peut demander la résolution du contrat, dans le cas, par exemple, où le terrain est insuffisant pour le but qu'il se proposait. Encore faut-il que le vendeur ait été, d'après le contrat, mis dans l'obligation de fournir un terrain propre à cette fin déterminée (1).

La durée de ces actions est fixée à une année seulement par l'article 1622 C.C.F.

342. Comme le fait remarquer M. Planiol (2), ces actions seront rares, parce que les actes contiennent en général des stipulations contraires ou différentes; et même c'est une clause de style, dans la plupart des actes notariés, que la renonciation à ces actions.

343. En Suisse, des dispositions appropriées au régime du Registre foncier se trouvent dans l'article 219 C.O. (3). Si la contenance n'est pas indiquée dans l'acte, il n'y aura pas lieu à modification du prix; il en est de même si les parties ont, expressément ou tacitement, considéré la contenance comme tout à fait secondaire dans la vente (4). L'indemnité sera due de la même manière, soit qu'il s'agisse d'une vente à tant la mesure, soit qu'il s'agisse d'un immeuble déterminé, avec indication de contenance. Une différence, même très faible, justifiera la garantie. En cas de manque de contenance considérable, il pourra y avoir lieu à résiliation de la vente, non d'après l'art. 219 C.O., mais d'après le droit commun, pour cause d'erreur substantielle (5).

344. Un cas, spécial à la Suisse, et dérivant des règles relatives au Registre foncier, est prévu par l'alinéa 2 de l'article 219 C.O. (6). Ce texte prévoit le cas où le Registre est en faute. Si l'acquéreur s'est réservé le recours en garantie, le vendeur pourra, s'il y a lieu et s'il souffre un pré-

(1) Cf. Orléans, 18 janv. 1875. D. 95. 2. 417. Voir Planiol, II, n° 1459.

(2) *Ibid.*, n° 1461.

(3) C.O., art. 219: «Sauf convention contraire, le vendeur est tenu d'indemniser l'acheteur lorsque l'immeuble n'a pas la contenance indiquée dans l'acte de vente.

«Si l'immeuble vendu n'a pas la contenance portée au registre foncier d'après une

mensuration officielle, le vendeur n'est tenu d'indemniser l'acheteur que lorsqu'il s'y est expressément obligé.

«L'action en garantie pour les défauts d'un bâtiment se prescrit par cinq ans à compter du transfert de propriété.»

(4) Rossel et Mentha, III, p. 272.

(5) *Ibid.*, p. 273.

(6) Voir ci-dessus le texte, sous n° 343.

judice, recourir contre le canton, comme le permet l'article 955 C.C.S. Si l'acquéreur ne s'est pas réservé le recours en garantie, il sera sans action contre le vendeur, mais pourra exercer contre le canton l'action de l'article 955 C.C.S.

345. A propos de la garantie en matière immobilière, il nous faut encore citer l'article 371 C.O., al. 2, d'après lequel, en matière de contrat d'entreprise, l'action du maître en raison des défauts de la construction immobilière se prescrit par cinq ans à partir de la réception. Ce délai n'est pas applicable au recours en garantie exercé par l'acheteur d'une maison contre son vendeur, à raison des défauts du bâtiment; en ce cas, le délai de la prescription est d'un an seulement. (C.O., art. 210 et 221.)

346. En France, il n'y a pas de délai spécial pour la garantie en cas de vente d'un bâtiment dans lequel se révèlent des vices de construction. Cette matière est réglée par le droit commun des articles 1641 à 1649 C.C.F. qui sont plutôt faits pour les ventes mobilières. Le délai pour agir est, à peine de forclusion, le « bref délai » de l'article 1648, ce qui est bien vague, surtout quand il s'agit d'un bâtiment. Lorsqu'il s'agit d'un contrat d'entreprise relatif à la construction d'un bâtiment, le Code civil français fixe à dix ans la durée de la responsabilité de l'architecte et de l'entrepreneur, par les articles 1792 et 2270 C.C.F., qui correspondent à l'article 371 C.O. Pour l'interprétation et la conciliation, difficile, des articles 1792 et 2270, nous ne pouvons que renvoyer aux auteurs et aux arrêts (1).

CHAPITRE V.

LE BIEN DE FAMILLE

SECTION I. — Généralités.

347. Nous verrons plus loin (2) le législateur suisse chercher à mobiliser la propriété, par un heureux système hypothécaire, et notamment au moyen des cédules hypothécaires et des lettres de rente. Il convient,

(1) Planiol, II, n° 1914. — Aubry et Rau. § 374, note 30. Cass. ch. réunies 2 avril 1882.

D. 83. 1. 5. — S. 83. 1. 5, et la note de M. Labbé.

(2) *Infra*, n° 981. et ss.

dans une étude relative au régime immobilier en Suisse, d'examiner les efforts qu'il a faits, dans un sens contraire, pour chercher à faciliter la conservation du patrimoine familial.

Cette question est traitée, avec raison, par le Code suisse, dans le Droit de la famille, et non dans le Droit immobilier. Elle a trait, en effet, à la conservation de la famille, plutôt qu'à l'administration des biens. Comme nous n'avons à l'aborder qu'au point de vue du régime des biens, il en résulte que nous ne pouvons en faire qu'une étude très sommaire.

348. Nous ne nous arrêterons pas sur les « fondations de famille » autorisées par l'article 335 C.C.S. Ce sont des personnes morales, régies par les dispositions du fondateur, et destinées à des buts d'intérêt familial, tels que le paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres de la famille.

349. Nous examinons, au contraire, les indivisions de famille prévues par les articles 336 à 348 C.C.S. Comme le font observer MM. Rossel et Mentha, le Code français a considéré avec une grande méfiance les indivisions et c'est à peine s'il a accepté dans l'article 815, al. 2 C.C.F., que les parties puissent se lier par une convention d'indivision temporaire d'une durée maxima de cinq ans. Les auteurs ⁽¹⁾ prétendent, peut-être avec plus de connaissances théoriques que d'expérience pratique, que la communauté est une source de querelles entre les communistes, qu'elle anéantit l'initiative privée de chacun et rend impossible toute amélioration, qu'enfin elle est une entrave à la libre circulation des biens. Sur ce dernier point, le raisonnement des auteurs est assez exact; il est vrai que la communauté rend les biens plus stables dans la famille et en gêne quelque peu la circulation, sans cependant la rendre impossible. Mais ce n'est pas un mal; il ne faut pas considérer la circulation des immeubles comme un bienfait souverain et un remède à tous les maux. Si la circulation de la monnaie est désirable, parce que c'est en circulant que l'argent est utile, la circulation des immeubles ruraux ne produit absolument rien d'utile; qu'un champ passe entre les mains de dix propriétaires, ou qu'il reste aux mains d'un seul, le blé qu'il produira dépendra de la manière dont il est cultivé, et de la saison, et non pas des actes de vente dont il aura été l'objet.

350. Quant à la question des querelles entre indivis, les auteurs ont certainement confondu les indivis avec les copartageants. En ce qui concerne les petites propriétés rurales, où les indivisions de longue durée sont très fréquentes, il est permis d'affirmer que la paix règne dans la famille

(1) Cf. Baudry-Lacantinerie et *Wahl-Successions*, II, n° 2134.

tant que dure l'indivision ⁽¹⁾, et que la guerre commence avec le partage. Il est peut-être exact que l'indivision empêche les transformations du fonds. C'est parfois un inconvénient, mais il ne faut pas en exagérer l'importance; un petit domaine rural n'est pas destiné à subir fréquemment des modifications ou des transformations.

351. Le régime français des articles 815, 826 et 832 C.C.F. aboutit au morcellement obligatoire des biens. Le Play ⁽²⁾ a signalé le péril que faisait courir ce morcellement à la famille française. C'est un spectacle tragique que celui de la lutte du paysan contre le morcellement de la terre, qu'il cherche par tout moyens à éviter : testament léguant le quart à l'un de ses enfants, achat fictif au nom d'un des fils, partage d'ascendant évitant un morcellement excessif. Ces efforts, souvent maladroits, sont parfois sans effets, soit que les tribunaux cassent les actes fictifs, soit que le résultat soit insuffisant. Et, il faut bien le dire, le dernier des procédés destinés à éviter le morcellement, et en même temps le plus énergique, est la limitation volontaire du nombre des enfants ⁽³⁾, dont les campagnes commencent à donner de trop nombreux exemples. La famille nombreuse, qui, par elle-même, cause tant de soucis aux parents, n'est protégée que par quelques lois insignifiantes, alors que d'autres lois la poursuivent et la traquent; c'est là une des causes de la stérilité des mariages et de la faible natalité du pays, qui, loin de donner plus de bien-être à la nation, l'expose simplement à l'invasion pacifique ou militaire de l'étranger.

Le danger du morcellement exagéré de la propriété a provoqué, dans plusieurs pays, l'intervention du législateur.

SECTION II. — Législations diverses en dehors de la Suisse.

352. En Allemagne, le Code civil ne contient pas de dispositions de cette nature applicables à tout l'empire. Mais les articles 59, 64 et 137 de la Loi d'introduction conservent les dispositions législatives des Etats, et leur laissent le pouvoir de légiférer en cette matière. Un des procédés les plus répandus consistait, de la part du paysan, à désigner un seul successeur, l'*Anerbe*, qui devait indemniser ses cohéritiers par des soultes.

(1) Cf. Exposé des motifs, sur les art. 345 et ss. du projet.

(2) Le Play. *Economie sociale*. Voir Planiol, III, n°s 2318 et ss., d'après lequel nous résumons les systèmes allemand, autrichien et espagnol.

(3) Cf. la préface de Georges Blondel, en tête de l'ouvrage d'Alexandre de Brandt : *Droit et coutumes des populations rurales de la France en matière successorale*, trad. Eug. Régnier, Paris 1891. Georges Blondel. *Réforme sociale*, 1^{er} juin 1898 et 1^{er} avril 1901.

Ceux-ci n'en étaient pas appauvris, mais, ayant de l'argent, ils se tournaient du côté du commerce ou de l'industrie, ou encore émigraient, au grand profit de l'influence allemande à l'étranger. Et, pendant ce temps, les *Anerbe* formaient une classe de paysans propriétaires, au développement de laquelle le pouvoir attachait un grand prix ⁽¹⁾.

353. En Autriche, une « patente » de Joseph II du 9 octobre 1795 déclarait le domaine rural indivisible. Elle fut abrogée en 1868, et remplacée par le système du partage forcé. A la suite de vives réclamations, le principe de l'indivisibilité fut rétabli par une loi du 1^{er} avril 1889. L'indivisibilité est la règle, et pour y échapper, il faut une déclaration contraire du propriétaire, consignée sur un registre public ⁽²⁾.

354. En Espagne, l'article 1056 du Code civil autorise le père qui désire conserver une exploitation agricole, industrielle ou commerciale, à la laisser entière à l'un de ses enfants, qui doit indemniser les autres en leur payant leur réserve en argent ⁽³⁾. C'est un système qui rappelle le système allemand de l'*Anerbe*.

355. Dans les Etats sardes, notamment en Savoie, avant l'annexion de ce pays à la France, en 1860, existait un procédé, moins énergique que le procédé allemand de l'*Anerbe*, mais destiné, comme lui, à conserver, dans une certaine mesure, le patrimoine de la famille. Dans le partage des successions, les héritiers mâles pouvaient écarter les femmes du partage en nature, en leur payant en argent leur « légitime » ⁽⁴⁾. En outre ⁽⁵⁾, les religieux et les religieuses étaient frappés de certaines incapacités, fort étendues, de recevoir et de transmettre les biens par succession testamentaire ou *ab intestat*.

SECTION III. — Ancienne législation de la Suisse romande.

356. En Suisse ⁽⁶⁾, du moins en Suisse romande, avant le Code civil, le principe du Code Napoléon de la division forcée des héritages, était généralement appliqué. Cependant il existait certaines mesures propres à favoriser la conservation du patrimoine familial. Ainsi, le Code valaisan (art. 850, al. 3), autorisait expressément le testateur à interdire le

(1) Cf. Verdelot. *Du bien de famille en Allemagne*, thèse. Paris 1899. — Souchon. *La propriété paysanne*, p. 195 et ss.

L. prussienne du 2 juin 1874 (v. *Annuaire de la Société de législation comparée*, IV, p. 156-157.

(2) Souchon, *ibid.*, p. 200 et ss.

(3) *Réforme sociale*, 1889, t. II, p. 356.

(4) C. civ. sarde de 1837, art. 942 et ss.

(5) C. civ. sarde de 1837, art. 714 et ss.; 923 et ss.

(6) Voir V. Rossel : *Manuel du Droit civil de la Suisse romande*. Bâle, Genève, Lyon. Georg, éd., 1886.

partage de la portion disponible pendant cinq ans au maximum. Le Code tessinois, article 577, décidait que, dans le partage entre descendants, les fils pourront retenir les immeubles en indemnisant les filles en espèces. C'est à peu près le système sarde de la légitime des filles en argent. Le Code fribourgeois (art. 1057) décidait que, lorsqu'il s'agissait d'une succession paternelle, les fils ou leurs représentants prélevaient le cinquième des biens de cette succession. En outre, le Droit fribourgeois antérieur au Code civil suisse présentait une institution dont l'origine est l'ancienne *société taisible*, et qui, sans doute, s'accommodera fort bien au régime du nouveau Code. L'article 1371 de l'ancien Code fribourgeois prescrivait que ceux qui vivaient en indivision avec leurs frères, sœurs, ou descendants d'eux, ne pouvaient faire donation entre vifs que de ce qu'ils possédaient en particulier; ils ne pouvaient faire donation à cause de mort que de leurs biens particuliers, et du quart de leur part à l'indivision.

357. En outre, ces sortes d'indivisions étaient réglées par les articles 1088 à 1107 de l'ancien Code fribourgeois. L'indivision en question existait en fait entre les cohéritiers (frères ou sœurs ou leurs descendants) avant tout partage de la succession des ascendants; elle pouvait aussi être établie, par une convention (*rafrarachement*), après le partage; la convention devait être notariée, et passée dans l'année du partage. Les profits et pertes étaient communs. Chaque indivis majeur pouvait faire seul tous actes d'administration ⁽¹⁾, mais non les actes de disposition. Chaque indivis conservait, du reste, le droit de demander le partage. En somme, ces règles étaient plutôt un règlement relatif au fonctionnement de l'indivision qu'un moyen d'obliger les héritiers à conserver le bien de famille sans le morceler. En fait, l'indivision étant organisée par la loi, et son fonctionnement étant facilité, il pouvait en résulter la conservation, sans morcellement, du patrimoine familial.

SECTION IV. — Les indivisions de famille dans le Code civil suisse.

358. Le Code civil suisse, dans ses articles 335 à 348, s'occupe des indivisions conventionnelles, qui comprendront soit tout ou partie d'une succession, soit même d'autres biens.

359. Cette sorte d'indivision rappelle par certains côtés la Société universelle de l'article 1837 C.C.F., qui, elle aussi, a pour origine l'ancienne *société taisible*, et qui est devenue très rare ⁽²⁾. Elle ne peut être constituée

(1) Cf. C.C.F., art. 1859, § 1.

(2) Planiol, II, n° 1945.

que par acte authentique. Elle peut être constituée à terme, ou pour une durée indéterminée, mais, en ce cas, elle peut être dénoncée par chaque indivis moyennant un avertissement donné six mois d'avance. S'il s'agit d'une exploitation agricole, la dénonciation n'est admissible que pour le terme usuel du printemps ou de l'automne. Chaque indivis peut faire les actes d'administration sans le concours des autres ⁽¹⁾. Les droits des indivis sont présumés égaux. Tant que dure l'indivision, un indivis ne peut ni demander sa part, ni en disposer. Les indivis peuvent désigner l'un d'eux comme chef de l'indivision; en ce cas les autres sont exclus du droit de représenter l'indivision, mais il faut une inscription au Registre du commerce pour que cette clause soit opposable aux tiers. Les membres de l'indivision sont solidairement tenus des dettes. Les biens qu'un indivis acquiert, pendant l'indivision, à titre gratuit, par exemple à titre de succession, rentrent, sauf stipulation contraire, dans son patrimoine personnel ⁽²⁾; il en résulte, *a contrario*, que les biens acquis à titre onéreux sont présumés acquis pour l'indivision.

360. L'indivision cesse par accord contraire des parties, pour lequel on peut admettre que la forme authentique est exigée, comme elle est exigée pour le contrat d'indivision. Elle cesse encore par la dénonciation, quand elle est prévue pour une durée indéterminée, et aussi par l'échéance du terme convenu, sauf prorogation tacite; elle prend fin aussi par la faillite d'un indivis, par la vente de sa part sur saisie ⁽³⁾, enfin lorsqu'un indivis demande la cessation de l'indivision, en se basant sur de justes motifs; ces justes motifs pourront être l'incurie ou l'inconduite d'un autre indivis, de graves dissentiments, la décadence de l'indivision pour une raison quelconque ⁽⁴⁾, etc. Celui qui se marie peut demander la réalisation de ses droits, sans dénonciation préalable. Quand la dissolution est provoquée par le fait d'un seul, les autres peuvent continuer l'indivision, en liquidant ses droits ou en désintéressant ses créanciers. En cas de décès d'un indivis, ses héritiers, s'ils ne sont pas déjà membres de l'indivision, peuvent demander la liquidation des droits de leur auteur, mais non pas la dissolution de l'indivision. Les descendants, mais non d'autres héri-

(1) Cf. C.C.F., art. 1859, § 1.

(2) Cf. C.C.F., art. 1837. Sauf entre époux, en droit français, il n'est pas permis de stipuler, en cas de Société universelle, que les biens provenant d'une succession ou donation ou d'un legs, entreront dans la société, sinon pour la jouissance.

(3) En France, le créancier (C.C.F., art. 2205) ne peut mettre en vente la part indivise de son débiteur dans une succession,

mais il peut provoquer le partage. On admet généralement (Demolombe, XV, n° 509. Aubry et Rau, VI, § 622, texte et note 5 — *contrà* Laurent, X, n° 242 — Huc, V, n° 285 — Planiol, III, n° 2327) que le pacte d'indivision prévu par l'art. 815 C.C.F. est opposable au créancier et paralyse son droit de faire vendre le bien de son débiteur.

(4) Rossel et Mentha, I, p. 403. Cf. *suprà*, n° 119.

tiers, peuvent être admis dans l'indivision, à la place du défunt, du consentement des autres indivis.

Le partage et la liquidation ne doivent pas être provoqués en temps inopportun (C.O., art. 346) ⁽¹⁾.

361. Enfin, une combinaison un peu différente est présentée par les articles 347 et 348 C.C.S.; c'est l'« indivision en participation » ⁽²⁾. En ce cas, un seul des indivis est nommé gérant, et seul il exploite et représente l'indivision, à charge de verser annuellement à chacun des autres une part du bénéfice. Le législateur a pensé que, pour des exploitations rurales, il était difficile d'exiger du gérant une comptabilité rigoureusement tenue; aussi, sauf stipulation contraire, a-t-il décidé que cette part de bénéfice serait calculée équitablement, d'après le rendement moyen des biens indivis au cours d'une période suffisamment longue et en tenant compte des prestations du gérant. L'indivision en participation, à part ses règles spéciales, est soumise aux règles ordinaires de l'indivision avec exploitation commune. Quand le gérant n'exploite pas convenablement ou ne remplit pas ses engagements, les autres indivis peuvent requérir la dissolution, et même, s'ils ont de justes motifs, demander au juge de les autoriser à participer à l'exploitation du gérant.

362. L'avenir fera connaître quel sort est réservé à cette organisation des indivisions de famille. Peut-être, dans la pratique, verra-t-on plutôt durer indéfiniment l'indivision de fait des héritiers, avec au besoin un représentant judiciaire de la communauté héréditaire, comme le permet l'article 602 C.C.S.

En France, il ne serait pas impossible d'arriver au résultat cherché par la législation suisse, soit au moyen d'un contrat de société ordinaire, soit au moyen du contrat de société universelle de l'article 1837 C.C.F., qui est organisé précisément dans ce but. Malheureusement, la pratique n'y tend guère.

SECTION V. — Les asiles de famille dans le Code civil suisse.

363. Il s'agit ici d'une institution d'un caractère tout à fait différent, qui trouve son correspondant dans la législation française récente.

364. L'asile de famille est ⁽³⁾ « un domaine agricole, une exploitation industrielle ou une maison d'habitation, qui a pour but de garantir le propriétaire et sa famille contre les vicissitudes d'ordre économique, en

(1) Cf. C.C.S., art. 236. — C.O., art. 546.

(2) En allemand : *Ertragsgemeinderschaft*.

(3) Rossel et Mentha, I, p. 407.

« ce qu'il est inaliénable, insaisissable, et ne peut pas même être donné « à bail. C'est le refuge assuré de la communauté familiale. »

365. Cette institution était presque inconnue en Suisse, si ce n'est qu'on en trouve une trace dans les « *Heimstätten* » d'Appenzell. Un projet, demeuré lettre morte, fut présenté, en 1885, au Grand Conseil de Lucerne.

366. Au contraire, elle avait été organisée dans les Etats-Unis d'Amérique ⁽¹⁾ et avait contribué sérieusement à la prospérité du pays. Dès 1839, le Texas avait donné l'exemple, qui fut suivi par la plupart des Etats de l'Union. Le pouvoir législatif fédéral des Etats-Unis intervint aussi, par la loi fédérale du 26 mai 1862 sur le *homestead*.

367. Vers la fin du XIX^{me} siècle, il existait, aux Etats-Unis, plus d'un million d'*homesteads*, représentant un territoire de 135 millions d'acres ⁽²⁾. Le *homestead* américain, comme le définissent MM. Rossel et Mentha ⁽³⁾, est le « domaine de famille exempt de saisie, frappé d'inaliénabilité et occupé, non par un individu isolé, mais par une communauté « de parents. » Le Canada imita les Etats-Unis dans sa loi de 1878, modifiée en 1886 et en 1893. Les gouvernements européens, frappés de la dépopulation des campagnes, et du danger que présentait le morcellement excessif de la propriété, cherchèrent à acclimater le *homestead*.

368. En France, ces efforts aboutirent à la loi du 12 juillet 1909 ⁽⁴⁾, dont les détails furent réglés par un décret du 26 mars 1910, et qui chercha à organiser un *bien de famille* insaisissable.

369. En Suisse, ils aboutirent aux articles 349 à 359 du Code civil suisse. Il est curieux de constater que le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale ⁽⁵⁾ prévoit que la nouvelle organisation sera spécialement utile à des organisation urbaines : association pour procurer au public des logements à bon marché, sociétés de construction, entreprises municipales ou cantonales fondées pour la création de quartiers ouvriers, etc. C'est bien étrange, et les textes, avec raison, semblent prévoir plutôt un bien de famille rural et familial. Il semble que c'est ainsi, et non autrement, que l'institution pourra se développer.

370. En réalité, en Suisse comme en France, il faut craindre que la

(1) Cf. L. Donnat, article *Homestead* au Nouveau Dictionnaire d'Economie politique de Léon Say et Chailley. — Souchon. *La propriété paysanne*, Paris, 1899.

(2) Rossel et Mentha, I, p. 406. L'acre vaut 0,404671 hectare. Donc, 135 millions d'acres représentent environ 54 millions d'hectares, ou 540,000 kilomètres carrés.

C'est un peu plus que la superficie de la France, qui a 53,646,374 hectares. Chacun de ces domaines a environ 54 hectares, en moyenne.

(3) *Ibid.*

(4) D. 1910, 4, 2.

(5) Message concernant le projet de Code civil suisse du 28 mai 1904, p. 43, 44.

tentative n'avorte, comme celle de la loi française du 30 novembre 1894 sur les habitations à bon marché (1).

371. Le Code civil suisse n'a pas organisé directement l'asile de famille; il a laissé aux cantons (C.C.S., art. 349) la faculté de permettre la fondation d'asiles de famille, et d'en régler l'organisation, mais dans le cadre fixé par les articles 350 et ss. du Code civil. Ce procédé est excellent; chaque canton garde sa liberté et apprécie le point de savoir si, étant donnés la situation économique et l'usage local, il y a lieu ou non d'user de la faculté que lui donne le législateur fédéral, mais, quand un canton use de cette faculté, il doit se conformer aux règles générales posées par le Code civil, ce qui maintient, dans une mesure suffisante, l'unité de législation, d'autant plus que les règles établies par les cantons sont soumises à la sanction du Conseil fédéral. Nous avons déjà vu le législateur fédéral agir de même à propos des reventes d'exploitations agricoles (2).

372. Peuvent être constitués en asiles de famille les biens-fonds à destination agricole ou industrielle et les maisons d'habitation avec leurs dépendances, pourvu que le bien n'excède pas ce qui est nécessaire au logement ou à l'entretien de la famille. Le propriétaire ou sa famille sont tenus d'exploiter le fonds ou de demeurer dans la maison.

373. Les créanciers doivent être préalablement sommés et peuvent faire opposition; une sommation individuelle doit être adressée aux créanciers garantis par un gage immobilier. La fondation de l'asile de famille doit être approuvée par l'autorité, qui vérifie si les conditions légales sont remplies, et si les droits des tiers ne sont pas lésés. La fondation est inscrite au Registre foncier et est suivie d'une publication officielle.

374. A partir de ce moment l'immeuble est insaisissable, il ne peut être grevé de nouveaux gages immobiliers; il ne peut être vendu ni donné à bail. L'autorité peut obliger le propriétaire à donner asile à ses ascendants, et même à ses frères et sœurs, quand leur position l'exige et qu'ils n'en sont pas indignes.

375. En cas d'insolvabilité du propriétaire, l'immeuble est remis à un gérant qui l'administre.

376. En principe et à moins que le transfert de la fondation aux héritiers n'ait été prescrit par une disposition à cause de mort, le régime de l'asile de famille prend fin au décès du propriétaire; alors l'inscription au Registre foncier sera radiée.

377. Le propriétaire peut faire supprimer le régime de l'asile de fa-

(1) Cf. Esquirol. *Du partage judiciaire*, thèse, Paris, 1906, p. 77, 78.

(2) C.O., art. 218. Voir *suprà*, nos 313 et ss.

mille, de son vivant ; pour cela, il adresse à l'autorité, qui la fait publier, une requête tendant à faire radier l'inscription. Faute d'opposition justifiée, la radiation est autorisée.

378. « La plupart des lois cantonales relatives à l'introduction du « Code civil se bornent à permettre, en termes généraux, la constitution « d'asiles de famille (Berne, Soleure, Fribourg, etc.) ; quelques-uns ne la « mentionnent pas (Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève, Zurich, etc.) ; Bâle-« Ville l'a prohibée formellement (art. 72 de la loi du 27 avril 1911) ⁽¹⁾.

379. Ce régime présente beaucoup de ressemblances avec celui du Bien de famille prévu par la loi française du 12 juillet 1909. Mais le bien de famille français ne peut pas comprendre une exploitation industrielle, comme l'asile de famille suisse ; il doit nécessairement comprendre une maison, ce que n'exige pas la loi suisse. La valeur du bien ne doit pas dépasser 8000 francs, chiffre arbitraire ; le système suisse, qui laisse à l'autorité la liberté d'apprécier ce qui est nécessaire à l'exploitation ou au logement d'une famille, est préférable. En France, le bien ne doit pas être grevé d'hypothèque conventionnelle ou judiciaire, nécessité qui ne paraît pas exister dans la loi suisse ⁽²⁾. Le bien de famille, en France, est insaisissable ; il peut être aliéné, et le constituant peut renoncer au régime de faveur, mais avec le consentement de la femme, et, s'il a des enfants mineurs, avec le consentement du conseil de famille, ce qui est étrange, le conseil de famille n'existant, en France, en général, qu'après le décès des ascendants. La loi française, à la différence de la loi suisse, ne paraît pas exiger que le propriétaire habite et exploite le bien de famille.

380. Il ne semble pas que les constitutions de biens de famille soient bien nombreuses, en France. Les formalités sont un peu compliquées. Celui qui y pensera sera toujours le cultivateur gêné, et il aura en général des créanciers hypothécaires, ce qui le paralyse. S'il est dans la prospérité, il n'y pense pas. Dans le cercle de notre expérience personnelle, nous n'avons vu se préoccuper de la loi que des paysans qui s'imaginaient trouver là un expédient pour faire échapper quelques-uns de leurs biens à leurs créanciers.

(1) V. Rossel. *Code civil suisse*, Payot, éd., note sous l'art. 359.

(2) C.C.S., art. 354, argument *a contrario*.

DEUXIÈME PARTIE

LE REGISTRE FONCIER

CHAPITRE VI.

GÉNÉRALITÉS

381. « Le Registre foncier, au sens du Code civil suisse, est constitué « par l'ensemble des registres et actes tenus par un fonctionnaire public, « ensemble qui permet d'apercevoir la situation juridique des immeubles « au point de vue des droits réels qui les grèvent (1). »

« Le Registre foncier se compose d'une série d'institutions (livres, « plans) destinés à recevoir l'immatriculation des immeubles, ainsi que de « tous les droits sur ceux-ci. Son but est de rendre reconnaissables les « droits existants sur un immeuble. Le prêteur n'est en mesure de prêter « avec confiance sur un fonds que lorsqu'il sait exactement quels droits « de gage pèsent déjà sur lui, et de quels autres droits cet immeuble est « en outre grevé. Telle est la raison pour laquelle, à l'origine, l'institution « du registre public s'est introduite dans la partie du droit relative au « gage immobilier (2). »

382. Le mot « Registre foncier » a deux sens; il désigne d'abord les livres, plans, pièces, tenus et gardés par l'autorité publique. Il désigne aussi l'institution juridique elle-même, le mode de publicité et de preuve organisé par la loi en matière immobilière. C'est en ce sens que les auteurs parlent du « Droit du Registre foncier » (3).

383. Pour l'établissement du Registre foncier, travail matériel considérable, et d'une extrême importance, puisque tout le régime de la propriété immobilière est fondé sur lui, les règles sont posées par le Titre final du Code civil, articles 38 à 48. Le Conseil fédéral est chargé d'établir le plan général des opérations nécessaires à l'établissement du Registre et à la mensuration du sol; les frais sont en majeure partie à la charge de la Confédération.

(1) Wieland. *Droits réels*, art. 942, n° 1.

(2) *Ibid.* *Remarques préliminaires*, p. 9.

(3) Cf. *ibid.* *Remarques préliminaires* avec art. 942 et ss., n° 1.

384. Comme les droits sur les immeubles sont soumis à de fréquents changements, il faut naturellement que le Registre foncier soit tenu au courant de ces changements, de manière à indiquer à tout instant la situation exacte.

385. L'autorité du Registre foncier est considérable; elle se fonde « sur le principe absolu de l'inscription » et sur le principe de la « foi publique due à l'inscription ⁽¹⁾ ».

386. La notion de « principe absolu de l'inscription » signifie que les droits immobiliers ne peuvent naître ni disparaître sans que le Registre en fasse mention. L'inscription a donc un « effet constitutif », en ce qui concerne les droits réels. Ce régime existait déjà auparavant dans la Suisse allemande tandis que, dans la Suisse romande, là où existaient des registres ressemblant au Registre foncier, les inscriptions portées sur ces registres n'avaient pas, en général, un effet constitutif. Nous nous trouvons ici en présence d'un Droit *formel*, création arbitraire de l'autorité; c'est le retour au vieux système des contrats formels, c'est l'abandon de cette idée, qui paraissait une conquête de la civilisation, que les écrits ne constituent qu'un mode de preuve, et ne sont pas générateurs d'un effet juridique.

387. Le Code suisse abandonne cependant quelquefois le principe de l'effet constitutif de l'inscription. Ainsi, l'héritier acquiert la succession dès la mort du *de cuius*, et non à partir de l'inscription. Mais, bien qu'il soit propriétaire, il ne peut disposer de l'immeuble qu'après inscription ⁽²⁾. C'est une autre notion, celle du « principe relatif de l'inscription », d'après laquelle seul le titulaire de l'inscription peut disposer de l'immeuble, ou le grever de droits réels.

388. La rigidité de la notion d'après laquelle l'inscription a un « effet constitutif » est atténuée par le « principe de la légitimité », en vertu duquel l'inscription, pour produire ses effets, doit reposer sur un acte juridique valable : cause légitime, titre acquisitif ⁽³⁾.

389. Dans le Droit allemand ⁽⁴⁾, le consentement de celui dont l'inscription atteint le droit suffit pour que l'inscription soit valable; c'est le « principe du consentement : *Konsensprinzip*. » En Suisse, au contraire, le Code civil ⁽⁵⁾ admet que, pour une opération quelconque du Registre foncier, il faut un titre valable, faute de quoi l'inscription est sans valeur, sous réserve des droits des tiers de bonne foi. Ainsi donc, quelque importante

(1) Voir Wieland. *Remarques préliminaires*, pp. 10 et ss.

(2) C.C.S., art. 656.

(3) Wieland. *Ibid.*

(4) Loi allemande du 24 mars 1897 sur le Livre foncier, notamment art. 19.

(5) C.C.S., art. 965, al. 1 et 3. Art. 974, al. 2. Cf. art. 657.

que soit l'inscription, elle ne fonde pas, à elle seule, les droits réels, de telle sorte que le titulaire de l'inscription pourra être autre que celui du droit réel. La conséquence serait que, comme en France, celui qui acquiert l'immeuble *a non domino* ne serait pas propriétaire à l'égard du *verus dominus*. Mais, pour un motif d'ordre public, basé sur la nécessité de rendre sûres les transactions et de protéger le crédit foncier, le Code civil suisse a admis le principe de la « publicité des inscriptions », ou de leur « valeur juridique positive », ou de la « foi publique » due au Registre foncier (1). Ces principes existent aussi dans le système allemand. Il faut donc écarter la conséquence que nous venions de déduire, et considérer que l'acquéreur de bonne foi n'a pas à vérifier autre chose que le Registre pour devenir propriétaire. Et, comme le Registre est « censé complet », l'acquéreur acquiert l'immeuble libre de toute charge non révélée par le Registre. Les conséquences sont graves; M. Wieland (2) présente un cas très normal où, sans aucune faute, le vrai propriétaire perd sa propriété. Un héritier légal est inscrit au lieu de l'héritier testamentaire, parce qu'on ne connaissait pas l'existence du testament; il aliène l'immeuble en faveur d'un acquéreur de bonne foi; l'héritier testamentaire, qui n'est coupable d'aucune négligence, perd irrémédiablement l'immeuble. La loi a pris certaines mesures pour atténuer le danger : organisation technique du Registre, obligation de vérifier. Cette obligation de vérifier incombe d'abord à l'officier public devant lequel doivent obligatoirement être passés la plupart des actes constitutifs ou translatifs de droits réels (3), le conservateur du Registre foncier doit vérifier le droit du requérant, et la validité de son titre. En outre, contrairement à notre législation française, et à la plupart des législations cantonales antérieures au Code civil, le Registre foncier, au lieu de ne présenter qu'un état chronologique des actes, avec répertoire au nom des titulaires, comporte un feuillet pour chaque parcelle, qui a ainsi, peut-on dire, son état-civil. Au lieu de présenter des propriétaires, le Registre présente des parcelles, avec plan, description, indication des actes constitutifs et translatifs de droits réels.

390. Ces règles sont très importantes. Elles créent une différence profonde entre le régime immobilier suisse et le régime français. Nous nous en sommes déjà aperçu, en examinant l'acquisition et le transfert de la propriété.

(1) Wieland. *Remarques préliminaires*, p. 11.

(2) *Ibid.*, p. 12.

(3) C.C.S., art. 657 — 746, al. 2 — 783, al.

3 — 799, al. 2 — 965 — voir cependant art. 732.

(4) Cf. C.C.S., art. 965 à 969.

CHAPITRE VII.

Comparaison du Registre foncier avec les institutions de divers pays ⁽¹⁾.

SECTION I. — L'ancien cadastre de Savoie.

391. Il existait, en Savoie, dès 1738, une institution importante, qui rappelle, par certains côtés, le Registre foncier suisse. C'est celle du cadastre, appelé, dans le ressort de la Cour d'appel de Chambéry, « l'ancien cadastre. » Nous nous y arrêterons quelque peu, à cause de ses rapports avec le système du Registre foncier, et de l'importance que la jurisprudence lui accorde encore maintenant ⁽²⁾.

392. Le cadastre de Savoie fut établi, de 1728 à 1738. Ce fut, on peut le deviner, une idée fiscale, celle d'établir pour l'impôt une assiette basée sur la valeur des immeubles, qui présida à sa création. C'est la même idée qui, en France, au XIX^{me} siècle, aboutit à l'établissement du cadastre. Mais alors qu'en France, du moins jusqu'à la loi du 17 mars 1898, que nous retrouverons ⁽³⁾, le cadastre est resté un instrument purement fiscal, et n'a au point de vue de la preuve de la propriété que la valeur d'une présomption de fait de faible importance ⁽⁴⁾, en Savoie, au contraire, le cadastre prit l'importance d'un véritable Registre foncier, mis et tenu à jour, faisant preuve, dans une certaine mesure, du droit de propriété, si bien qu'aujourd'hui encore il est fréquemment invoqué en justice comme preuve, ou tout au moins comme importante présomption de propriété.

393. En Savoie, au moyen âge, l'impôt était « extraordinaire », consenti par les Etats généraux, levé par les communes, qui en fixaient l'assiette chacune à sa manière. Cet arbitraire qui, dans la pratique, amena des abus et des exemptions dues à la faveur, aboutit à une réclamation

(1) En Allemagne, l'institution du Livre foncier ressemble de fort près à celle du Registre foncier suisse. Pour cette raison, nous n'en ferons pas une étude distincte, mais nous serons souvent amené, en étudiant les détails du Registre foncier, à comparer les règles allemandes avec les règles suisses.

(2) Nous suivrons de près la remarquable *Notice sur l'Ancien Cadastre de Savoie* de M. Max Bruchet, archiviste de la Haute-Savoie (Annecy, Abry, éd. 1896).

(3) *Infra*, n^{os} 418 et ss.

(4) Dalloz. *Tables décennales*, 1897-1907, n^{os} 117 et ss.

formulée par les Etats généraux de Savoie, en 1487. Cette plainte fut sans effet, si bien que, en 1556, nous trouvons l'écho des mêmes doléances dans des Lettres Patentes du souverain. Le duc de Savoie, Emmanuel-Philibert, après avoir obtenu la restitution de ses Etats par le traité de Cateau-Cambrésis, en 1559, obtint des Etats généraux un subside extraordinaire qu'il sut transformer en un subside annuel.

394. C'était, dit M. Max Bruchet ⁽¹⁾ « enlever aux Etats-Généraux « leur principale raison d'existence, et provoquer leur suppression ». Cet impôt fut levé sous une forme d'abord variable, impôt sur le sel, droit sur les denrées alimentaires, enfin impôt foncier ; mais celui-ci fut si difficile à percevoir qu'Emmanuel-Philibert ne put l'appliquer sérieusement. Charles-Emmanuel, qui lui succéda, chercha à mieux répartir les impôts, et à percevoir l'impôt foncier, par un édit du 27 mars 1584, qui eut pour conséquence la rédaction d'un premier cadastre, commencé au début du XVII^{me} siècle. Il décida même que les mutations de propriété seraient mentionnées au cadastre, au moyen d'une déclaration des intéressés, obligatoire sous peine d'emende. Quoique très imparfait, ce premier cadastre rendit de réels services.

395. Devenu roi de Sardaigne en 1720, tout en conservant ses Etats de Savoie et de Piémont, Victor-Amédée II, après une première mensuration exécutée en Piémont ⁽²⁾ décida, par Lettres Patentes du 9 avril 1728, qu'il serait procédé à la confection du cadastre de la Savoie.

396. Des géomètres expérimentés, dont la plupart avaient déjà participé à la confection du cadastre du Piémont, se mirent à l'œuvre avec un grand soin. Un plan des propriétés, ou *mappe* fut dressé par eux, et un registre, appelé *Livre de géométrie*, ou *Livre des numéros suivis*, indiqua, pour chaque parcelle, le numéro, le nom du mas ou *lieudit*, son étendue et sa qualité, les nom et prénom du propriétaire. Les géomètres étaient responsables pécuniairement de leurs travaux. Une série d'inspections, contrôles et vérifications était organisée. Les erreurs étaient rectifiées aux frais des agents fautifs. L'échelle du plan n'est indiquée nulle part. Plus tard, elle fut fixée, par comparaison des plans avec le terrain, par arrêté du préfet du département du Léman ⁽³⁾ du 18 thermidor an XI (6 avril 1803), à 1/2372. Cette échelle, bizarre, et dont rien ne justifie le chiffre compliqué, est vraisemblablement celle à laquelle les plans ont été portés

(1) M. Bruchet. *L'ancien cadastre en Savoie*, p. 9.

(2) Déjà, en 1697, Victor-Amédée avait chargé une commission de membres de la Chambre des comptes et de sénateurs d'éla-

borer une organisation pour la perception des tailles.

(3) Texte imprimé aux Archives Départementales de la Haute-Savoie.

par suite d'une modification physique du papier. Il est permis de penser que l'échelle primitive a dû être 1/2400, chiffre très commode en raison du grand nombre de diviseurs du nombre 2400.

Les renseignements relatifs à la qualité de la terre et à son rendement annuel étaient recueillis par des *experts estimateurs*, désignés, les uns par la commune, les autres par l'intendant général (préfet); ils étaient renseignés par des *indicateurs* désignés par les *communautés* ou communes. Les propriétaires étaient invités à assister aux opérations, sous peine de se voir interdire de former aucune réclamation ou demande de rectification. Ces divers renseignements étaient consignés dans le *livre d'estime* dressé, comme le livre de géométrie, par ordre de numéros de parcelles, et, en fait, plus complet et plus sûr à consulter que le livre de géométrie.

397. Ces divers livres et plans étaient soumis au *surintendant du cadastre* qui faisait évaluer par des *calculateurs* le revenu de la superficie des parcelles, en consignait les résultats dans le *Livre de calculation*. Enfin, les renseignements étaient consignés, par ordre alphabétique, au nom de chaque propriétaire dans un registre appelé *Tabelle préparatoire*, ou *cadastre-minute*. Cette tablelle était affichée dans chaque communauté ou commune, avec une copie de la mappe. Les réclamations, ou *griefs*, étaient consignées dans un cahier appelé *cottet à griefs*; après solution des difficultés, il était procédé à la rédaction de la *tabelle définitive* ou *cadastre mis au net*.

398. Nous ne nous occuperons pas de l'intérêt que présente le cadastre de Savoie au point de vue de l'impôt foncier, question très intéressante, mais qui n'est pas du domaine du Droit civil ⁽¹⁾. Nous examinerons ce cadastre au point de vue du régime juridique de la propriété immobilière.

399. Les travaux furent terminés en 1738, et l'édit appelé *édit de péréquation générale* qui rendit l'œuvre exécutoire, fut signé le 15 septembre 1738. Le travail avait duré dix ans, ce qui était peu pour une œuvre aussi considérable. En réalité, le travail matériel ne dura même que cinq ans, car les cinq années qui suivirent furent employées à l'examen des requêtes présentées par les classes privilégiées dans le but d'échapper à l'impôt. Le travail fut donc exécuté avec une rapidité tout à fait remarquable; M. Max Bruchet ⁽²⁾ cite, à ce sujet, le cas de la commune du Biot, actuellement arrondissement de Thonon-les-Bains, qui comprend 16,000 parcelles, et pour laquelle les travaux, commencés le 11 avril 1731,

(1) Sur cette question, voir Bruchet. *Ancien cadastre de Savoie*, pp. 25 à 35.

(2) *Ibid.*, p. 37, note 1.

furent terminés le 17 juillet 1732, c'est-à-dire en quinze mois, y compris le délai nécessaire pour la solution des réclamations des intéressés.

400. L'exécution des plans fut remarquablement exacte, surtout lorsque l'on tient compte de la médiocrité des instruments d'arpentage que les géomètres avaient à leur disposition. Aujourd'hui encore, ces plans sont fréquemment appliqués sur le terrain, et leur application ne donne lieu à aucune réclamation importante. Les habitants des campagnes ont conservé pour l'ancien cadastre le plus grand respect. Ne sachant pas que la différence entre l'ancien cadastre et le cadastre français récent provient de ce que l'un a une valeur juridique au point de vue de la preuve de propriété, tandis que l'autre n'est qu'un instrument fiscal, ils disent volontiers que, seul, l'ancien cadastre est « bon », croyant que les mensurations ont été bien faites en 1738, et moins bien faites après l'annexion de 1860, ce qui, du reste, n'est pas entièrement inexact.

401. Les opérations du cadastre de Savoie furent cependant retardées pour la petite région des bailliages de Ternier et de Gaillard, près de Genève, à cause des difficultés soulevées par les Genevois qui refusaient de payer leurs tailles. Cette situation ne fut réglée que par un traité conclu le 3 juin 1754, et l'édit de péréquation des tailles pour ces bailliages ne fut rendu que le 9 mai 1760. Enfin, certaines terres, échelonnées le long du Rhône, notamment Seyssel, cédées à la Savoie par le roi de France en 1760, furent cadastrées de 1760 à 1764.

402. Le roi de Sardaigne prit des mesures pour assurer la tenue à jour du cadastre par les soins des secrétaires des communautés, et du Conseil des habitants. Comme les petites communautés rurales étaient souvent dépourvues d'administration régulière, des instructions du souverain organisèrent cette administration en 1739. Auprès de chaque communauté était placé un secrétaire nommé par l'intendant, et ce secrétaire était chargé de la conservation et de la mise au courant du cadastre. Deux registres tenus par lui servaient à constater les mutations, et étaient appelés *Livre journalier* et *Livre des transports*. Le *Livre journalier* mentionnait, par ordre chronologique, les mutations de propriété. Les changements étaient mentionnés, avec le consentement des parties, sur la présentation des actes. Les difficultés étaient tranchées par le conseil de la commune, et, en dernier ressort, par l'intendant. On voit que ce système rappelle celui du Registre foncier suisse. Notons qu'en Savoie ⁽¹⁾, les ventes immobilières étaient nécessairement notariées; l'acte était rédigé en double exemplaire, dont l'un était conservé par le notaire, et

(1) Royales Constitutions de 1770. L., V, tit. XXII, ch. IV. Code civil de 1837, art. 1412.

l'autre déposé au *tabellion*, local spécial annexé au greffe du tribunal. Le Livre des transports contenait, par ordre alphabétique, les noms de tous les propriétaires de la paroisse, avec mention des mutations, et références au journalier.

403. Ces registres furent régulièrement tenus, du moins en général, jusqu'à la Révolution. Ils le furent, au contraire, très imparfaitement pendant la première annexion de la Savoie à la France, de 1792 à 1814. Sous Victor-Emmanuel I, rétabli dans ses Etats à la fin de 1814, un *manifeste* de l'Intendant général, du 18 avril 1816, rétablit les règles primitives pour la tenue des registres. Une loi du 4 juin 1854, qui ordonnait la rédaction d'un nouveau cadastre général, ne put être appliquée avant la nouvelle annexion de la Savoie à la France, en 1860.

404. En 1861, après l'annexion à la France, les Conseils généraux de la Savoie et de la Haute-Savoie votèrent la confection d'un nouveau cadastre, et exprimèrent le vœu que ce cadastre eût le même caractère que celui de 1738 au point de vue de sa valeur juridique en matière de propriété immobilière. L'administration ne comprit rien à la question, et, comme, dans les autres départements, le cadastre n'avait qu'un caractère fiscal, il fut décidé que le cadastre des nouveaux départements n'aurait que ce même caractère. Les Conseils généraux obtinrent cependant qu'une colonne serait réservée à la mention de l'acte qui motivait les mutations, avec indication du nom du notaire. Dans quelques communes ⁽¹⁾, un cadastre avait été établi vers 1808.

405. Nous examinerons maintenant sommairement quelle est la valeur juridique de l'ancien cadastre de Savoie, et sur quels principes est basée cette valeur juridique. Nous pourrons ensuite comparer cette institution avec celle du Registre foncier du Code civil suisse.

Nous avons vu ⁽²⁾ que, lors de l'établissement du cadastre, les propriétaires étaient convoqués pour donner les indications qu'ils jugeaient utiles sur leurs biens, à peine de se voir déclarer forclos pour toute réclamation ultérieure. Les fermiers devaient présenter leurs baux, sous peine d'amende ⁽³⁾. Ainsi, le travail n'était pas exécuté d'office par l'administration, mais était fait contradictoirement avec le propriétaire.

406. En outre, comme nous l'avons vu également ⁽⁴⁾, les résultats des travaux étaient communiqués aux habitants des communes; la tablelle préparatoire et une copie de la mappe étaient affichées, les intéressés

(1) Notamment celles du canton de Douvaine.

(2) *Suprà*, n° 396.

(3) M. Bruchet, *op. cit.* p. 65, *Manifeste*

de l'Intendant général du duché de Savoie du 29 mars 1728.

(4) *Suprà*, n° 397.

devaient présenter leurs réclamations dans le délai de quinze jours. La publication était entourée de formes ⁽¹⁾ attirant, d'une manière efficace, l'attention des intéressés.

407. Cette procédure, appelant, par voie législative, les propriétaires à faire valoir leurs droits, et leur donnant toutes facilités pour les faire valoir, a permis aux tribunaux d'attribuer à l'ancien cadastre la valeur d'une présomption légale de propriété. Celui qui peut se prévaloir de cette présomption prend le rôle de défendeur, et il appartient désormais à l'autre partie de faire la preuve contraire ⁽²⁾. Cependant, la Cour de cassation de Turin, par arrêt du 7 mars 1856 ⁽³⁾, ne voulut pas attribuer au cadastre le caractère de preuve légale de propriété, se bornant à lui attribuer un caractère de présomption légale. En pratique, la différence est peu sensible; une présomption qui retourne la charge de la preuve ressemble de fort près à une preuve. Cependant la preuve contraire est toujours possible, même contre un acquéreur de bonne foi, tant qu'il n'a pas prescrit.

408. Pour pouvoir se prévaloir de cette présomption, il faut que celui qui l'invoque justifie, notamment au moyen du *Livre journalier* et du *Livre de transport*, qu'il est aux droits de celui qui était inscrit originellement au cadastre. Les lacunes que présentent les registres pendant la période de la première annexion de la Savoie à la France de 1792 à 1814 rendent parfois cette preuve difficile. En outre, il peut y avoir des contradictions entre les divers livres, notamment parce que, sur les trois *livres de numéros suivis* tenus d'ordinaire, un seul renvoie au *cottet à griefs* où se trouve consignée la réclamation de l'intéressé et la décision du délégué donnant la solution. En outre, il faut noter que la présomption de propriété ne s'attache qu'à la mappe originale ou à ses copies authentiques. En fait, il existe pour toutes les communes, sauf pour celle de Gaillard, la mappe originale ou une copie authentique ⁽⁴⁾.

409. Sans doute, l'ancien cadastre de Savoie n'a pas, au point de vue de l'établissement, de la preuve, de la transmission de la propriété immobilière, une valeur légale aussi grande que le Registre foncier suisse. Cependant, il représente bien une institution analogue à celle du Registre foncier, puisqu'il est constitué, comme le Registre foncier, par un ensemble de plans et livres tenus à jour, permettant de connaître la situation juridique de chaque immeuble, et ayant autorité au point de vue de la

(1) M. Bruchet, *ibid.*, et surtout voir p. 48-49 le texte d'une notification aux intéressés.

(2) Chambéry, 20 janv. 1890, cité par M. Bruchet, *op. cit.*, p. 75. — Chambéry, 7 mars

1904. D. 06. 2. 278.

(3) Cité par M. Bruchet, *op. cit.*, p. 50.

(4) Voir les indications relatives aux archives dans M. Bruchet, *op. cit.*, p. 79-80.

preuve de la propriété. Les services éminents qu'il a rendus permettent de prévoir combien seront importants ceux que rendra le Registre foncier suisse, mieux organisé, et qui, sans doute, fonctionnera d'une manière régulière, et sera soigneusement tenu à jour.

SECTION II. — Le cadastre français.

410. Nous avons déjà dit ⁽¹⁾ que le cadastre français actuel n'était qu'un instrument purement fiscal. Au point de vue de la propriété, il n'a que la valeur d'un élément d'appréciation de fait ⁽²⁾, d'un indice ; les indications qu'il fournit n'ont nullement la valeur d'une présomption de propriété, comme celles du cadastre sarde. Il n'a donc, au point de vue juridique, aucun rapport avec le Registre foncier suisse ; il ne constitue pas un Registre foncier.

411. Mais un changement assez considérable est en préparation. A ce cadastre, si peu important au point de vue du Droit civil, va se substituer un autre cadastre plus utile à ce point de vue, mais qui n'est pas près d'être achevé, alors surtout que le travail a été interrompu par la guerre de 1914.

412. Par décret du 30 mai 1891, sur la proposition de M. Rouvier, ministre des finances, une commission extra-parlementaire fut nommée, avec mission d'étudier les moyens de refaire le cadastre et les plans, ce qui pouvait permettre d'établir des Livres fonciers, donnant exactement la situation juridique de chaque parcelle cadastrale. Cette commission fut divisée en deux sous-commissions, et rédigea de nombreux procès-verbaux. Le travail aboutit, d'une part, à un projet Darlan sur la réforme hypothécaire, déposé le 27 octobre 1896, et, d'autre part, à la loi du 17 mars 1898 ⁽³⁾. Cette loi est importante en droit civil, sauf cependant en ce qui concerne la partie administrative, notamment les textes qui prévoient des subventions à accorder aux communes pour les aider à supporter la dépense.

413. La loi du 17 mars 1898 donne au futur cadastre une importance qui permet de le comparer, dans une certaine mesure, au cadastre sarde. Elle permet, en effet, aux propriétaires d'intervenir dans les opérations, et leur impartit des délais pour présenter leurs observations, et faire leurs réclamations. Après quoi le cadastre devient un titre authentique et définitif établissant, non pas, à vrai dire, le droit de propriété, mais la configuration et la contenance de la propriété. Ce cadastre sera donc la base

(1) *Suprà*, n° 404.

(2) *Suprà*, n° 392 et note.

(3) Dalloz périodique. 98. 4. 38.

légale des bornages, et fixera définitivement la délimitation des parcelles.

414. Les droits du véritable propriétaire, s'il n'a pas été appelé aux opérations, sont réservés; il a le droit de tenir l'opération pour *res inter alios acta*, et de réclamer ses véritables limites; mais, en ce cas, les nouvelles délimitations ne pourront porter que sur les parcelles immédiatement contiguës, c'est-à-dire que les voisins immédiats, obligés de subir une réduction de leur parcelle, ne pourront pas demander à leurs autres voisins une nouvelle délimitation, même s'il était constaté que, par suite d'une erreur de mensuration, qui se produit parfois, toute une série de parcelles avaient été *décalées* d'une certaine quantité.

415. Nous venons de constater une différence profonde qui sépare ce cadastre du cadastre sarde et du Registre foncier suisse. A la différence du cadastre sarde, le futur cadastre français ne crée pas une présomption de propriété, et se borne à fixer la contenance et la forme de chaque parcelle. Les droits du véritable propriétaire sont réservés. A la différence du système suisse, le futur cadastre français ne constituera pas un livre foncier, dans le sens du Code suisse, puisqu'il ne comporte même pas une présomption de propriété.

416. Cependant, il n'est pas impossible, il est même désirable que la jurisprudence finisse par lui attribuer la valeur d'une présomption de propriété. En réalité, il est très regrettable que le législateur français ait été trop timide. Il pouvait fort bien, et personne n'aurait protesté, attribuer au cadastre la valeur d'un Livre foncier, dont les indications vaudraient tout au moins présomption de propriété.

417. M. Planiol, que nous avons suivi dans cet examen sommaire de la loi du 17 mars 1898, exprime le désir ⁽¹⁾ que la loi française adopte le système du Livre foncier tenu par parcelles, et non plus par noms de propriétaires. Il fait très justement observer que le travail prévu par la loi du 17 mars 1898 exigera des opérations extrêmement importantes, et très onéreuses. Le cadastre actuel a coûté 160 millions; le futur cadastre coûtera certainement beaucoup plus, en raison du soin plus grand que nécessiteront les opérations. La situation financière qui suivra vraisemblablement les événements actuels, risque de retarder la solution pendant de longues années; dans ces conditions, il est regrettable qu'un travail si coûteux ne soit pas fait dans un but plus utile, et que, pour une dépense sensiblement égale, le législateur n'ait pas prévu la confection d'un véritable Livre foncier, dont les indications vaudraient titre, ou au moins présomption de propriété.

(1) Planiol, I, n° 2635.

En juillet 1917, M. Marin, député de Meurthe-et-Moselle, a déposé une proposition de loi tendant à la reconstitution juridique des régions éprouvées par la guerre, avec organisation du Livre foncier.

SECTION III. — Le régime français de la transcription.

418. La transcription ⁽¹⁾ est une publicité donnée aux mutations de propriété. Déjà à Rome, les transports de propriété étaient entourés d'une certaine publicité provenant de la présence des témoins dans la mancipation, de celle du magistrat dans *l'in jure cessio*, ou du fait matériel de la tradition. Cette publicité, déjà très imparfaite, n'existait plus lorsque, comme dans l'ancien Droit français, la tradition cessait d'être apparente, par exemple en cas de constitut possessoire. Dès lors, un acquéreur n'était jamais certain de la validité de son acquisition, car le bien avait pu être déjà vendu clandestinement à un autre. L'inconvénient qui résultait de cette situation amena, dans certaines régions, à chercher un remède : dans le ressort du Parlement des Flandres (pays de nantissement), le greffier inscrivait les mutations sur un registre spécial. En Bretagne, la publicité résultait de trois annonces publiques ou *bannies* (*appropriance par bannie*), suivies d'un délai après lequel étaient déclarés forclos les tiers qui prétendaient à des droits sur l'immeuble. C'était un système énergique de protection de la propriété. Les bannies étaient constatées par un *certificat de bannie*. En août 1626, un édit rendu à Nantes par Louis XIII établit des greffes d'insinuation où les contrats étaient copiés sur des registres publics, comme dans notre système de la transcription de la loi du 23 mars 1855.

419. La transcription fut introduite dans le Droit français par la loi du 11 brumaire an VII qui avait pour objet principal l'organisation de la publicité du régime hypothécaire. Le but de cette transcription est le même que celui de l'institution suisse du Registre foncier, c'est-à-dire de donner une plus grande sécurité aux transactions immobilières et aux constitutions d'hypothèques.

420. Le principe adopté fut que tout propriétaire serait réputé avoir conservé sa propriété, tant que l'acte d'aliénation n'aurait pas été transcrit. C'était, fait remarquer M. Planiol ⁽²⁾, une excellente institution qu'il aurait fallu conserver soigneusement lors de la rédaction du Code civil. Les rédacteurs de ce Code commencèrent, au contraire, par poser le prin-

(1) Cf. Planiol, I, n^{os} 2603 et ss.

(2) Planiol, I, n^o 2607.

cipe du transfert de la propriété par l'effet de la convention, ce qui était, en somme, contraire à l'idée que la transcription était nécessaire pour rendre le transfert opposable aux tiers.

421. La solution de la question de savoir si la transcription serait conservée fut ajournée jusqu'au moment où seraient étudiées les règles concernant la vente et l'hypothèque.

422. Lors de la rédaction des textes relatifs à la vente, la même difficulté se reproduisit ; l'article 1583 reproduisait le principe de l'article 1138, mais il déclarait que « la vente est parfaite *entre les parties* et la propriété est acquise de droit à l'acheteur *à l'égard du vendeur*, dès qu'on est convenu de la chose et du prix.... » ce qui réservait les droits des tiers et permettait de prendre des mesures, telles que l'organisation de la transcription, pour les sauvegarder.

423. Enfin, sur les observations, peu raisonnées, de Malleville et de Tronchet, les auteurs du Code, arrivés à la question des hypothèques, abandonnèrent la transcription. Cependant ⁽¹⁾, au milieu de ces hésitations, ils laissèrent passer de nombreuses allusions à la transcription : l'article 1583 suppose la nécessité d'une formalité extérieure pour rendre la vente opposable aux tiers, l'article 2180 exige la transcription pour que le privilège ou l'hypothèque s'éteigne par prescription au profit du tiers détenteur, l'article 2181 l'exige pour la purge des privilèges ou hypothèques, l'article 2189 en suppose la nécessité dans les cas ordinaires, puisqu'il l'écarte dans le cas d'adjudication sur purge tranchée au profit du tiers détenteur lui-même, l'article 2108 l'exige pour la conservation du privilège du vendeur, l'article 2200, ancien texte, ordonne la tenue d'un registre des transcriptions par le conservateur des hypothèques ⁽²⁾.

424. Malgré les hésitations que devait faire naître cette persistance de la transcription dans divers textes du Code, il fut admis qu'elle était abandonnée. On était ainsi revenu au système du Droit coutumier ; la vente était opposable aux tiers, notamment aux créanciers hypothécaires, dès que l'acte avait date certaine ⁽³⁾ ; à partir de ce moment, le créancier ne pouvait plus prendre inscription sur les immeubles aliénés.

425. L'administration de l'Enregistrement chercha à conserver le principe de la transcription, pour conserver le droit afférent qui était de 1 fr. 50 %. Elle pensa arriver à ce résultat par voie administrative, en ordonnant aux conservateurs d'inscrire les hypothèques jusqu'à la transcription. Cette pratique fut condamnée par un avis du Conseil d'Etat

(1) Planiol, I, 2608.

(2) Voir encore C.C.F., art. 2198-2199.

(3) C.C.F., art. 1328.

du 11 fructidor an XIII, aux termes duquel la vente arrêtaît, sans transcription, le cours des inscriptions. L'administration chercha un autre moyen de parvenir à ses fins, et obtint l'insertion, dans le Code de Procédure civile, des articles 834 et 835 C. Pr. civ. aux termes desquels la transcription était nécessaire pour arrêter le cours des inscriptions, sauf au créancier à user d'un délai de grâce de 15 jours qui lui était accordé après la transcription. Plus tard, la loi budgétaire du 28 avril 1816, pour pousser les aliénateurs ou acquéreurs à faire transcrire, décida que le droit de transcription serait perçu en même temps que le droit d'enregistrement, même si les parties ne faisaient pas ensuite transcrire leur acte.

426. Le simple bon sens aurait dû conduire, dans ces conditions, à une transcription d'office, faite sur la réquisition du receveur d'enregistrement.

Comme, en dépit de ces efforts, beaucoup d'actes restaient non transcrits, il fallut envisager une solution plus radicale, basée sur une idée de protection de la propriété, et non plus sur des considérations fiscales. Dès 1840, la question fut mise à l'étude, et fut résolue par la loi du 23 mars 1855, applicable à partir du 1^{er} janvier 1856, qui abrogea par son article 6 les articles 834 et 835 du Code de Procédure, et rétablit le régime de la transcription obligatoire.

427. Le principe même de la loi montre une différence profonde entre la transcription française et le Registre foncier suisse. En France, ce sont seulement les actes d'où résulte une translation entre vifs de propriété ou de droits réels qui sont soumis à la transcription. Ces actes sont les divers contrats translatifs de propriété ou de droits réels (sauf la donation qui est soumise à des règles spéciales), les jugements qui constatent une convention translatrice, pour laquelle il sert de preuve, et les jugements d'adjudication, sauf ceux qui attribuent la propriété à un cohéritier ou copartageant, c'est-à-dire ceux qui sont réputés déclaratifs et non translatifs de propriété (1). La loi ajoute à la liste des actes à transcrire les baux de plus de 18 ans, et enfin les quittances et cessions de loyers et fermages non échus portant sur trois années et plus, bien qu'il n'y ait pas ici transfert de droits réels.

428. Nous constatons ainsi que le domaine de la transcription est beaucoup plus restreint que celui du Registre foncier. Le registre des transcriptions ne fait pas toujours connaître le véritable propriétaire, puisque les transferts de propriété à cause de mort n'y sont pas mentionnés, et cela non seulement lorsque le nouveau propriétaire est le représentant légal, l'héritier légitime du défunt, mais même au cas où rien ne

(1) Cf. C.C.F., art. 883.

révèle aux tiers sa qualité de nouveau propriétaire, comme c'est le cas pour le légataire particulier. Le registre ne mentionne pas davantage les actes déclaratifs de droits, comme les partages et les transactions, parce qu'ils ne sont pas translatifs. Enfin, les jugements prononçant la résolution, nullité, ou rescision d'un acte transcrit ne sont pas transcrits, mais seulement mentionnés en marge de la transcription de l'acte, et l'omission de cette formalité n'entraîne d'autre sanction qu'une amende contre l'avoué, et non pas l'inefficacité de l'acte à l'égard des tiers ⁽¹⁾.

429. Nous voyons donc que le registre des transcriptions ne révèle pas dans tous les cas quel est le véritable propriétaire. En outre il n'est pas destiné à indiquer les divers détails relatifs à chaque immeuble. La cause en est qu'il n'a pas été institué pour servir de Livre foncier, mais seulement pour donner, vis-à-vis des tiers, une publicité à certains transferts de propriété, de manière à donner des garanties aux tiers, notamment aux créanciers hypothécaires.

430. La transcription ne produit qu'un effet relatif, en ce sens qu'elle ne produit pas, et ne constate même pas le transfert de propriété. L'article 1138 du Code civil français n'a pas été abrogé, et le seul consentement suffit toujours, au moins entre les parties, pour le transfert de la propriété.

431. Si nous comparons ce régime à celui du Code civil suisse, nous trouvons que la législation suisse n'a pas entièrement abandonné l'idée du transfert de propriété par le consentement, du moins si ce consentement est constaté par acte authentique ⁽²⁾. En effet, l'inscription au Registre foncier n'est valable que si elle est légitime, c'est-à-dire si l'acte juridique, qui en est le fondement, est, lui-même, valable. Mais, contrairement au principe français, l'inscription au Registre foncier est nécessaire pour la naissance ou pour le transfert des droits réels. On peut dire, d'une manière générale, qu'en France l'aliénation et le transfert de la propriété résultent du seul consentement, sauf le droit des tiers, et qu'en Suisse l'aliénation et le transfert naissent bien du consentement, constaté dans les formes légales, mais que l'effet réel de l'accord des parties ne se produit, même à l'égard de l'acquéreur, que par l'inscription au Registre foncier.

432. En France, l'acte non transcrit ne peut pas être opposé ⁽³⁾ « aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois », c'est-à-dire, comme le fait observer M. Planiol ⁽⁴⁾,

(1) Voir Planiol, I, n° 2613.

(2) *Suprà*, n° 138.

(3) Loi 23 mars 1855, art. 3.

(4) Planiol, I, n° 2616 et ss.

aux tiers qui remplissent trois conditions, et non pas seulement deux, comme semblerait l'annoncer le texte, savoir : existence du droit sur l'immeuble, droit sujet à publicité, titre rendu public. Ces tiers seront : l'acquéreur par contrat ou adjudication (autres que l'un des colicitants), l'usufruitier ou l'usager, l'emphytéote, le titulaire d'une servitude, le créancier privilégié ou hypothécaire, enfin le locataire qui cependant n'a pas un droit réel. Le locataire de moins de 18 ans, le légataire même particulier, pourront donc, bien que leur titre ne soit pas transcrit, l'opposer à l'acquéreur. Et pour ceux dont le titre est soumis à la publicité, par exemple le nouvel acquéreur, ils ne peuvent l'opposer à l'acquéreur qui a omis de transcrire que s'ils ont, eux-mêmes, fait transcrire ou inscrire leur titre : « qui transcrit ou inscrit le premier l'emporte ⁽¹⁾. »

433. Dans ce système, les créanciers chirographaires sont exclus de la catégorie des tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription. Le résultat a paru choquant à quelques auteurs : un créancier chirographaire, en présence d'un créancier hypothécaire qui n'a pas pris d'inscription, peut opposer ce défaut d'inscription ; en présence d'une aliénation qui lui nuit davantage, il ne peut pas opposer de défaut de transcription ⁽²⁾. La critique est juste, en pratique, mais le législateur français ne peut être considéré comme ayant manqué de logique ; la loi du 23 mars 1855 est relative au régime hypothécaire, et l'article 1138 continue donc à régir les rapports personnels existant entre débiteur et créancier chirographaire, qui sont, sauf quand ils exercent l'action paulienne de l'article 1167 C.C.F., les ayants cause de leur débiteur, dont ils ont pour garantie le patrimoine que celui-ci continue à administrer librement, et dont il conserve le droit de disposer.

434. En ce qui concerne les donations, le Code civil français a adopté un système de transcription qui diffère de celui de la loi française du 23 mars 1855 ⁽³⁾. Pour trouver l'origine de cette transcription, il faut remonter à l'ordonnance de Villers-Cotterets, d'août 1539, qui, pour diminuer, par la crainte de la publicité, le nombre des donations empreintes de captation ou de fraude, et spoliant les parents au profit d'étrangers, décida que ces donations n'auraient d'effet qu'à partir du moment où elles auraient été *insinuées*, c'est-à-dire enregistrées par les Cours de justice. Cette formalité fut maintenue à l'époque du Droit intermédiaire ; il arriva même, lorsque la loi du 11 brumaire an VII établit la transcription, que l'insinuation des donations au greffe resta nécessaire, alors que les dona-

(1) Planiol, I, n° 2619.

(2) Mourlon. *Transcription*, II, n° 435. —

Planiol, I, n° 2622.

(3) Cf. Planiol, I, 2625 et ss.

tions de biens susceptibles d'hypothèques devaient, en outre, être transcrites au bureau des hypothèques. Le défaut d'insinuation pouvait être opposé même par les créanciers chirographaires, par les légataires, par les héritiers eux-mêmes.

435. Le Code civil supprima l'insinuation au greffe, mais, par l'article 939, il conserva la transcription spéciale des donations de biens susceptibles d'hypothèques. Ici, le défaut de transcription peut être opposé par toute personne ayant intérêt, sauf par ceux qui sont chargés de la faire opérer, et par leurs ayants cause, et sauf par le donateur (1). Donc, le défaut de transcription, en ce qui concerne les donations, peut être opposé, non seulement par ceux qui peuvent opposer le défaut de transcription, telle qu'elle est organisée par la loi du 23 mars 1855, mais aussi par les créanciers chirographaires et par les légataires particuliers, comme dans le système de la loi du 11 brumaire an VII.

436. Dans le système du Code civil suisse, les donations (2) sont traitées, au point de vue du Registre foncier, comme les autres causes de transfert des propriétés immobilières. La dualité du système français, en matière de transcription, qui s'explique par la différence d'origine des deux sortes de transcriptions, et par l'évolution distincte de leurs législations, devait nécessairement disparaître dans une législation refondue, où la publicité des aliénations immobilières est organisée dans le but de favoriser le crédit immobilier et de rendre précise la preuve de la propriété, et non plus dans un but fiscal, comme le fait s'est produit lors de la rédaction du Code de Procédure civile français, ni dans le but principal de favoriser le crédit hypothécaire, comme le fait s'est produit lors de la rédaction de la loi du 23 mars 1855, ni dans le but de conserver les biens dans les familles, poursuivi par les lois relatives à la transcription des donations.

437. Le système français de la transcription est très critiqué, et avec raison. Il ne représente nullement la situation juridique de la propriété immobilière. Il laisse à l'écart, sans publicité, les transferts de propriété à cause de mort, il ne crée qu'une publicité imparfaite pour les résolutions, résiliations, et annulations de contrats transférant la propriété. Il possède encore un grand défaut, qui est de ne présenter qu'un tableau des propriétaires, et non un tableau des propriétés, de telle sorte que, pour savoir qui est propriétaire, il faut connaître quels ont été tous les propriétaires successifs, dont beaucoup ne sont pas révélés par la transcription (3).

438. Enfin, il faut bien noter que la transcription n'est pas vraiment

(1) C.C.F., art. 941.

(2) Code des Obligations, art. 239 à 252.

(3) Voir Charles Gide. *Bulletin de la Société de législation comparée*, avril 1886, p. 323.

obligatoire. Et il en résulte, en fait, qu'il y a 26 ventes sur 100 qui sont enregistrées sans être transcrites. C'est tout simplement absurde. Depuis 1816 ⁽¹⁾ l'administration perçoit le droit proportionnel de transcription au moment où l'acte est présenté pour être enregistré, même si la transcription n'en est pas requise; la transcription qui suit ne donne lieu qu'à la perception d'un droit fixe. Dans ces conditions, il est surprenant que l'administration n'ait pas pensé à la solution bien simple qui consistait à faire envoyer l'acte par le Receveur de l'enregistrement au Conservateur des hypothèques pour qu'il soit transcrit d'office ⁽²⁾.

439. La transcription française, qui aurait pu devenir la base d'un état-civil des immeubles, ne donne donc que des résultats très imparfaits, et bien inférieurs aux résultats que donnera certainement, s'il est bien tenu, le Registre foncier suisse.

SECTION IV. — Le système Torrens.

440. Le système Torrens ⁽³⁾ est, comme l'institution suisse du Registre foncier, un système de publicité et de preuve légale en matière de propriété immobilière. Son inventeur fut sir Robert Torrens, mort en 1884, et dont le père, le colonel Torrens, fut l'un des fondateurs de la colonie du South-Australia, et fut *Registrar general*, ce qui peut être traduit, comme le fait M. Planiol, par Directeur de l'enregistrement.

441. Dans les colonies australiennes, les propriétaires étaient de deux sortes. Les uns, acquéreurs de terres publiques, tenaient leurs droits directement de la Couronne. Les autres tenaient leurs droits d'un acte privé, tel qu'une vente. La situation des premiers était nette, celle des derniers était souvent mal établie.

Sir Robert Torrens eut cette idée que la situation serait simplifiée, si l'on posait cette règle qu'à chaque aliénation, la terre revenait à la Couronne, de qui le nouveau propriétaire la tiendrait toujours directement. Il fit voter, en 1858, le *Real property act*, loi par laquelle son système fut établi.

442. Cette idée paraît fort éloignée de celles qui aboutirent au sys-

(1) Loi budgétaire du 28 avril 1816, art. 52 et 54.

(2) Au lieu de procéder ainsi, et pour effacer même le souvenir que le droit de transcription était perçu lors de l'enregistrement, la loi du 22 avril 1905 a remplacé par un droit proportionnel de 7 %, sans addition de décimes, l'ancien droit de 5 fr. 50 %, qui

comprenait le droit de transcription sur les ventes d'immeubles.

(3) Voir Planiol, I, n° 2638, et surtout Ed. Correvon. *L'Act Torrens* (Rouge, éd., Lausanne, 1899), que nous résumons ici, en comparant le régime de l'Act Torrens au régime du Registre foncier suisse. Bibliographie : Planiol, I, 2638.

tème du Livre et du Registre foncier en Allemagne et en Suisse. Les principes qui guidèrent l'auteur du système sont très différents de nos principes juridiques, et sont l'aboutissement de ceux qui existent encore traditionnellement en Angleterre, en matière de Droit immobilier. Il est cependant impossible de ne pas rapprocher les résultats de législations si différentes par leurs origines.

443. Nous voyons, en effet ⁽¹⁾, le Registre foncier suisse, tenu par un représentant de l'autorité, avoir une importance prépondérante, non seulement au point de vue de la preuve des droits immobiliers, mais encore au point de vue de l'existence même de ces droits. Nous avons vu, en même temps, que le principe de la publicité, base du Registre foncier, a amené à adopter le principe de la foi publique due aux inscriptions. Nous savons ⁽²⁾ que le fonctionnaire chargé de tenir le Registre foncier a qualité pour vérifier si les conditions requises pour une inscription sont bien remplies. Il s'agit donc bien, comme dans le système Torrens, d'une intervention de l'autorité publique en matière de transports de droits immobiliers.

444. Sans doute, le législateur suisse, pas plus que le législateur allemand, n'a admis la fiction du retour des immeubles à l'Etat à chaque aliénation, fiction qui ne pouvait venir à l'esprit que d'un Anglais, avec les idées qui dominent toujours pour lui le régime de la propriété immobilière. Cependant, il y a aussi, dans les systèmes suisse et allemand, une garantie de l'Etat, destinée à enlever toute crainte à l'acquéreur d'un immeuble. C'est, dans un certain sens, et comme dans le système Torrens, une sorte d'investiture par laquelle l'Etat protège le nouvel acquéreur.

445. Le système Torrens va, du reste, plus loin, puisqu'il part de cette idée que c'est la Couronne qui est censée concéder directement l'immeuble. La différence est considérable en apparence; l'est-elle autant en réalité? En fait, dans le système Torrens, la concession de la Couronne est si bien une fiction que la Couronne ne fait pas librement la concession, et ne la fait qu'en faveur de la personne désignée par l'aliénateur, et après avoir vérifié les droits de celui-ci. De telle sorte que, sous une apparence féodale, il y a, dans le système Torrens, comme en Allemagne et en Suisse, un véritable vendeur ou un cédant dont les droits ont été vérifiés, et un véritable acquéreur ou un cessionnaire désigné par le vendeur ou le cédant. Inversement, malgré les apparences qui font ressembler la vente suisse à la vente française, il est permis de dire que le système suisse

(1) *Suprà*, nos 124 et ss.

(2) *Suprà*, nos 339. — *Infra*, nos 509 et ss.
550 et ss.

du Registre foncier, avec son contrôle de l'Etat, et sa règle de la foi publique attachée aux inscriptions, rappelle dans une certaine mesure le système Torrens.

446. Ce rapprochement s'imposait, mais il ne faut pas oublier combien sont profondément différentes les origines de ces deux institutions du Registre foncier et du système Torrens. Il est intéressant de constater que deux législations, partant de règles essentiellement différentes, aboutissent à des règles pratiquement voisines, sous l'empire d'une nécessité identique, celle de donner de la sécurité aux transferts de propriété.

447. Nous pouvons noter ici une différence qui sépare les trois institutions du Cadastre de Savoie, du Registre foncier et du système Torrens. La force probante du Cadastre de Savoie est basée sur un acquiescement exprès ou tacite des parties, celle du Registre foncier est basée sur une présomption d'exactitude des vérifications de l'officier public, celle des registres du système Torrens est basée sur la fiction du retour de l'immeuble à la Couronne, et d'une concession faite par celle-ci.

448. Nous entrerons maintenant dans quelques détails sur le fonctionnement du système Torrens. Autrefois, en Australie comme en Angleterre, le titre de propriété était constitué par l'ensemble des *deeds*, c'est-à-dire par la série des actes relatifs à l'immeuble, à l'origine desquels se trouvait une concession ou un bail consenti par la Couronne.

449. Malheureusement, aucune publicité légale des transports de propriété n'était organisée dans les pays britanniques, sauf quelques exceptions locales ⁽¹⁾, et sauf qu'un système d'enregistrement imparfait était organisé d'une manière variable, notamment en Australie. Dans ce pays, le système était organisé de telle manière que les recherches étaient longues et compliquées, et les frais nécessités par chaque nouvelle mutation étaient de plus en plus onéreux.

450. C'est pour remédier à ces divers inconvénients que sir Robert Torrens fit voter, après une longue campagne, le *Real Property Act* du 2 juillet 1858, qui fut remplacé par une série de nouveaux textes, et fut étendu à toute l'Australie, et au delà ⁽²⁾. Le type le plus parfait du sys-

(1) En Angleterre, il existe, depuis le début du XVIII^{me} siècle, des registres d'enregistrement des *deeds* dans les comtés de Kingston-upon-Hull, Middlesex, et York. En Ecosse fonctionne un système régulier d'enregistrement des *deeds*.

(2) Voici le développement de la législation dans les diverses colonies, d'après E. orrevon, *L'Act Torrens*, Rouge, éd., Lauanne, 1899, p. 9.

Australie du Sud Acts de 1858, 1859,

1861, 1869, 1878, 1881 (abrogés). *Real Property Act* du 17 nov. 1886, modifié en 1886, 1887, 1893.

Queensland: Acts de 1861, 1877, 1885 (abrogés), 1887.

Tasmania: Acts de 1862, 1863, 1867, 1878, 1886, 1890 (abrogés), *Real Property Act* de 1893.

New-South-Wales: 1863, 1873, 1878, 1887, 1894.

Nouvelle-Zélande: 1870, 1876, 1880, 1883

tème est le *Transfer of Land Act* du 1^{er} août 1890, dans la province de Victoria.

451. Le système Torrens est facultatif; l'ancien système de transferts subsiste donc à côté du nouveau, ce qui correspond bien à la tendance traditionnaliste anglaise. En fait, grâce à ses avantages, le nouveau régime tendit rapidement à supplanter l'ancien, si bien que, dès 1881, dans le Queensland, 2 % seulement des biens échappaient au système Torrens.

452. L'innovation consistait principalement, en pratique, à remplacer toute la série des *deeds* par un seul *certificate of title*, délivré par le bureau de l'enregistrement, et que l'on a cherché à rendre inattaquable (*indefeasible*).

453. A la tête de l'organisation se trouve, dans le territoire de Victoria, le commissaire des titres, placé à la tête du Bureau des titres qui dépend du Département de l'Attorney général. Ce commissaire des titres, à côté de ses attributions administratives, a un pouvoir judiciaire; il peut exiger la production des pièces, citer les parties, déférer le serment, corriger des erreurs, annuler un certificat ou le remettre au véritable ayant droit. Il est le protecteur des incapables et peut agir pour sauvegarder leurs intérêts. A côté de lui se trouve un autre fonctionnaire, le *Registrar of title*, dont la compétence est analogue à celle du commissaire qu'il remplace dans nombre de cas. Dans le South-Australia, les deux fonctions sont réunies entre les mains d'un seul fonctionnaire, le *Registrar general*. Ces divers fonctionnaires échappent à toute responsabilité à raison des actes faits par eux de bonne foi ⁽¹⁾. Soumis à leur autorité, il existe d'autres fonctionnaires : contrôleurs des titres, assistants, arpenteurs.

454. L'organisation de ce personnel est très différente de celle du personnel des hypothèques et de la transcription. En France, le conservateur des hypothèques n'a que des attributions administratives, et son pouvoir de contrôle ne va pas au delà de l'examen de la régularité apparente des titres et de la situation des parties. Il n'a aucun pouvoir judiciaire, et est responsable des erreurs dues à sa négligence, cela malgré sa bonne foi. En pratique, le résultat est que le conservateur, redoutant la responsabilité qui pèse sur lui, est, à juste droit, méfiant. Il inscrit fa-

(abrogés), 1885, *Land Transfer Act* amendé en 1888 et 1889.

Australie occidentale : 1875, 1879, 1884 (abrogés); 1893 : *Transfer of Land Act*.

Victoria : *Real Property Act* 18 juin 1862; *Transfer of Land Statute* 1^{er} juin 1866; *Transfer of Land Act* 1^{er} août 1890, amendé en 1896. Le système Torrens fut étendu à la

Colombie britannique en 1870, aux îles Fidji et dans l'Etat d'Iowa aux Etats-Unis en 1883, et, en 1886, dans les *Straits Settlements* (Singapore, Penang, et provinces de Wellesley et Malacca.)

(1) Il existe, comme nous verrons, un fonds d'assurance pour indemniser, en certains cas, la partie lésée.

cilement ce qu'on lui présente, mais raye difficilement. En fait, le mécanisme fonctionne avec une grande régularité, mais un peu lourdement.

455. En Suisse, le conservateur du Registre foncier a un pouvoir de vérification ⁽¹⁾ qui rappelle celui du fonctionnaire australien. Il vérifie la demande d'inscription qui lui est adressée, au point de vue du droit du requérant de consentir à l'inscription ou à la radiation, et au point de vue de la régularité de ses titres. La loi organise un système de responsabilité du canton, et du fonctionnaire chargé de la tenue du Registre ⁽²⁾. L'autorité cantonale est tenue ⁽³⁾ d'exercer une surveillance attentive sur le conservateur du Registre, qui est soumis à une action disciplinaire entraînant diverses peines : réprimande, amende jusqu'à 1000 francs, destitution. Le canton (art. 955) est responsable de tout dommage résultant de la tenue du Registre. Le canton a un recours contre les fonctionnaires et employés chargés de la tenue du Registre, et contre les autorités de surveillance immédiate qui ont commis une faute. Ils peuvent exiger une garantie de leurs fonctionnaires et employés.

456. Nous sommes ici loin du système Torrens. Cependant, nous verrons que, dans le système australien, l'Etat est responsable, comme le canton suisse, des erreurs commises. Mais le fonctionnaire suisse n'a pas, au même degré que le fonctionnaire australien, le caractère de magistrat muni de larges pouvoirs judiciaires. Le pouvoir judiciaire du fonctionnaire australien peut être rapproché de celui qu'avaient en Savoie, lors de la confection de l'ancien cadastre, l'Intendant général et ses délégués ⁽⁴⁾.

457. En Allemagne, la loi du 24 mars 1897 sur le Livre foncier s'inspire de principes analogues à ceux qui ont inspiré le législateur suisse, qui certainement a imité ici le législateur allemand. Les pouvoirs des fonctionnaires chargés de la tenue du Livre foncier se ressemblent en Suisse et en Allemagne. Aux termes de l'article 12 de la loi allemande du 24 mars 1897, l'Etat, ou la corporation dont le préposé au Livre foncier fait partie, peuvent être actionnés en responsabilité en cas de négligence. L'Etat ou la corporation, en Allemagne, ont, comme le canton suisse, un recours contre le fonctionnaire négligent. C'est, du reste, l'application des principes généraux du Droit allemand en matière de responsabilité des fonctionnaires, principes formulés par l'article 839 C.C.A., aux termes duquel le fonctionnaire est responsable de sa faute volontaire, et n'est responsable de sa négligence que si la personne lésée ne peut pas

(1) Wieland, II, art. 965, n° 1.

(2) Wieland, II, art. 955, n° 1 et ss.

(3) C.C.S., art. 956.

(4) Cf. M. Bruchet. *L'Ancien Cadastre en Savoie*, p. 16 et p. 48.

être indemnisée autrement ⁽¹⁾. Le préposé au Livre foncier est donc responsable de sa faute volontaire, et aussi de sa négligence, mais seulement dans le cas où la personne lésée n'a pas d'autre recours.

458. Les différences que nous avons relevées entre les systèmes suisse, allemand et australien s'expliquent facilement par la différence de leurs origines. En Suisse et en Allemagne, il y a un vendeur et un acheteur, le Registre foncier enregistre leur volonté, après vérification des conditions imposées par la loi. En Australie, c'est l'Etat qui intervient directement, et confère le droit de propriété; il est interposé entre le vendeur et l'acheteur.

459. Reprenons l'exposé sommaire du système Torrens. La demande d'immatriculation est adressée au bureau des titres par le propriétaire lui-même qui, dans la pratique, la fait présenter par un *solicitor* ou par un courtier breveté. La réquisition est enregistrée. Les pièces justificatives, titres, descriptions, plans, sont déposés. Le dossier est soumis au visa et à l'examen du géomètre en chef. Ensuite, le vérificateur examine si le dossier est régulier; cet examen est très important; une mauvaise vérification peut donner lieu à une action en indemnité contre le fonds d'assurance. Le dossier est ensuite transmis au *Registrar*, auquel le *solicitor* adresse un rapport. Une commission, composée du *Registrar* et de deux assesseurs, statue ensuite. Une publication est faite dans le journal du gouvernement, une notification est adressée aux propriétaires voisins. Les oppositions (*caveat*) doivent être formées, à peine de forclusion, dans le délai d'un mois. Enfin, les vérificateurs s'assurent qu'aucune convention n'a été faite suivant le système ancien, depuis le dépôt de la réquisition. Si toutes les conditions sont remplies, le certificat est enfin délivré.

460. Cette procédure, un peu compliquée, donne les garanties les plus sérieuses aux intéressés. Comme il s'agit de règles de droit arbitraire, il serait sans intérêt de la comparer avec les procédures suisse et allemande, car il importe peu, au point de vue des principes et des résultats, que la marche suivie soit semblable ou différente.

461. Le certificat est dressé en double exemplaire; l'un est remis au propriétaire, l'autre est relié dans un registre *ad hoc*, et constitue le *folio* de l'immeuble, sur lequel le *Registrar* mentionnera toutes les conventions

(1) Le fonctionnaire judiciaire en Allemagne n'est responsable que dans le cas où une disposition pénale sanctionne sa faute, sauf en cas de déni de justice (refus du juge ou retard anormal). Sa responsabilité est couverte lorsque la personne lésée a négligé, à

dessein ou par suite de faute, d'éviter le dommage en n'usant pas d'une voie de recours qui lui était ouverte. Le préposé au registre foncier n'est pas un fonctionnaire judiciaire.

qui s'y rapportent. Il y mentionnera, notamment, les locations de plus de trois ans, les hypothèques et rentes, les servitudes, etc. Le plan est annexé au feuillet. C'est donc bien un Registre foncier, ressemblant de fort près à ceux de Suisse et d'Allemagne.

462. En cas de perte du certificat, un *duplicatum* peut être délivré, après une série de publications dans les journaux. Le certificat forme à lui seul un titre complet de propriété, remplaçant à lui seul la série des *deeds* de l'ancien système.

463. Le titre est désormais inattaquable; il prouve d'une manière décisive ⁽¹⁾ que « la personne désignée comme propriétaire ou titulaire « d'un droit l'est effectivement. Sa production en justice forme donc un « obstacle absolu à la poursuite intentée contre le propriétaire ». Cependant, la règle souffre des exceptions ⁽²⁾, qui se présentent dans certains cas où il y a une fraude, une erreur, où il existe un certificat antérieur, ou encore une possession antérieure ayant entraîné la prescription, notamment en matière de servitude.

464. Pour les transferts de propriété, l'Act n'exige pas un contrat en forme authentique ou solennelle. Des formules imprimées, mises à la disposition des intéressés, facilitent les transferts. Après discussion, il fut décidé, en 1869, que, dans le cas de vente de la totalité d'un immeuble, l'acquéreur peut, à son choix, exiger un nouveau certificat, ou simplement endosser l'ancien, sous cette réserve que le *Registrar* peut, d'office, imposer la délivrance d'un nouveau certificat. Pour les ventes partielles, un nouveau certificat est toujours délivré à l'acquéreur.

465. Il serait utile de comparer tout ce qui précède avec les règles du Registre foncier suisse; la comparaison, qui demanderait, pour être complète, des développements excédant les bornes de cet ouvrage, peut être faite assez facilement, d'une manière sommaire, en rapprochant les règles du système Torrens de celles qui sont formulées par les articles 942 et ss. du Code civil suisse. Le parallélisme est frappant, et d'autant plus intéressant que certainement la législation australienne n'a pas réagi directement sur la législation suisse. La notion du Livre foncier était et est encore « dans l'air »; elle s'imposera sans doute à toute législation où il sera possible de prévoir la création d'un bon cadastre et d'un « état-civil de la propriété ». Et, comme les besoins économiques sont, en matière immobilière, à peu près les mêmes partout, on verra probablement les législations les plus diverses par leur histoire, leurs traditions, leurs prin-

(1) Act de 1861, art. 33. — art. 423. —
Act 1886, art. 68. — Act 1890, art. 69.

(2) Act de 1861, art. 74.

cipes, aboutir à des résultats sensiblement analogues, soit au point de vue des règles générales, soit même au point de vue des règles de forme ⁽¹⁾.

466. Si nous examinons le système Torrens au point de vue des sûretés réelles immobilières, nous devons commencer par tenir compte de ce que, en Droit anglais, l'hypothèque n'existe pas sous la forme que nous connaissons, en France, et aussi, malgré certaines différences, en Suisse. Traditionnaliste comme toujours, le Droit anglais a conservé, soit comme mot, soit même comme institution, le vieux « *mortgage* » ⁽²⁾, qui est l'origine de notre antichrèse ⁽³⁾.

467. Le prêteur (*mortgagee*) est mis en possession légale de l'immeuble (*legal estate*) par l'emprunteur (*mortgager*). Cette possession n'est pas nécessairement une possession matérielle, mais elle peut l'être. Dans le système Torrens, le propriétaire qui veut donner son immeuble en gage remet au bureau un *memorandum* en double exemplaire, dont l'un reste au bureau, avec annotation sur le certificat, tandis que l'autre est remis au créancier. Sur présentation de l'exemplaire du créancier, mentionnant la quittance, il est fait également mention de la quittance sur le certificat de titre. Il n'y a donc plus transmission du *legal estate*, comme dans le Droit anglais, et cette organisation se rapproche davantage de l'organisation hypothécaire des autres pays, France, Suisse, Allemagne, etc. Le *mortgage* peut être transmis par endossement.

468. Une autre forme de sûreté immobilière, encore plus simple, et même d'une simplicité rudimentaire, a été imaginée par la pratique; c'est le *mortgage in equity* : l'emprunteur remet son certificat de titre au prêteur avec un *memorandum* tout préparé. Si le créancier en éprouve le besoin, il fera inscrire l'hypothèque, puisqu'il a tout ce qu'il faut pour cela. Mais si tout se passe régulièrement, il n'a même pas besoin de faire inscrire l'hypothèque, car il est protégé, puisque l'emprunteur ne peut consentir aucun droit réel sur son fonds sans présenter son certificat.

469. Il est facile de constater l'existence d'une grande analogie entre le mécanisme du mortgage du système Torrens, et celui du gage immobilier suisse que nous étudierons plus loin.

470. L'act prévoit les formalités nécessaires pour l'inscription de divers droits, tels que les servitudes, et pour le transfert de la propriété par suite de contrat de mariage, de faillite ou de succession.

471. Enfin, il existe, comme en Suisse et en Allemagne, une respon-

(1) Cf. Lévy : *Sur l'idée de transmission de droits* (à propos de la preuve de la propriété immobilière) p. 166.

(2) Laurière. *Coutume de Paris*, I, p. 272.

(3) L'antichrèse est devenue, en Droit français, une « mise en gage des revenus ». Voir Planiol, II, n° 2495.

sabilité de l'Etat, qui doit indemniser les propriétaires ou titulaires de droits lésés par la délivrance du certificat, ou par l'inscription. Pour alléger cette responsabilité, ou plutôt pour la répartir, le système Torrens comporte la création d'un fonds d'assurance, qui indemniserait d'une part ceux dont les droits ont été lésés sans qu'aucun reproche puisse être adressé aux fonctionnaires, et d'autre part ceux qui ont été lésés par une négligence des fonctionnaires, négligence dont ceux-ci ne sont pas personnellement responsables, puisqu'ils ne répondent que de leur faute volontaire.

472. Le fonds d'assurance est alimenté par une redevance modique (1) prélevée lors de chaque inscription. Quand le *Registrar* estime que les titres ne présentent pas toute garantie, il peut fixer un taux plus élevé. Le recours contre le fonds d'assurance n'est que subsidiaire; la partie est tenue, avant d'agir, d'épuiser le recours qu'elle peut avoir contre celui dont la fraude ou la négligence l'ont lésée. L'Act de 1861 prévoyait, et même ordonnait un recours préalable contre celui qui avait profité de l'erreur ou de la fraude. Au contraire, actuellement (2), le tiers de bonne foi, notamment l'acquéreur à titre onéreux, est protégé contre tout recours, comme en Suisse et en Allemagne.

473. Nous avons signalé l'analogie du Registre foncier australien (*Registre matrice*) avec les Registre et Livre foncier suisse et allemand. Il présente cependant cette infériorité que tous les immeubles n'y figurent pas, puisque le système Torrens est facultatif. En somme, le Registre foncier australien, au lieu d'être créé d'office et avec ensemble, comme en Suisse, se crée peu à peu, à chaque nouvelle opération immobilière.

474. Le système Torrens a été introduit en Tunisie, par la loi du 1^{er} juillet 1885, modifiée par celles des 16 mai 1886, 6 novembre 1888, et 15 mars 1892.

(1) 2 ‰ en général, 1 ‰ dans la province de Victoria depuis 1867.

(2) Act 1890, art. 207.

CHAPITRE VIII.

DÉTAILS SUR LE REGISTRE FONCIER

SECTION I. — Organisation.

§ 1. Organisation matérielle.

475. Les auteurs distinguent le Droit matériel et le Droit formel du Registre foncier (*materielles und formelles Grundbuch = oder Liegenschaftsrecht*) (1). Cette terminologie peu claire signifie qu'il faut distinguer, d'une part, les effets de Droit civil du Registre foncier, et, d'autre part, l'organisation administrative et les règles de procédure, deux choses distinctes, qui auraient pu donner aux amateurs de classification la satisfaction de créer un troisième terme.

476. « Le registre foncier, au sens du C.C.S., est constitué par l'en-semble des registres et actes tenus par un fonctionnaire public, ensemble qui permet d'apercevoir la situation juridique des immeubles au point de vue des droits réels qui les grèvent (2). » Suivant l'habitude du Code suisse, l'article 942 (3) ne définit pas théoriquement le Registre foncier, mais indique sa composition et son but.

477. Le Grand livre est rédigé par ordre d'immeubles (*Realordnung*) et non par ordre de propriétaires. Nous avons déjà remarqué (4) que c'est là une différence importante avec le Registre de transcription et d'hypothèques français. Le système suisse est de beaucoup préférable.

478. Outre le Grand livre, le Registre comprend encore : 1^o les plans ; 2^o l'état des immeubles, donnant les indications relatives à leur situation et à leurs limites ; cet état, qui ne figure pas dans la liste de l'article 942, remplace les plans quand la mensuration n'a pas encore été exécutée (5) ; 3^o les pièces justificatives (actes de vente, contrats de gage, constitutions de servitudes), nécessaires à consulter quand les indications du Grand livre sont sommaires ; 4^o l'état descriptif des immeubles donnant des indi-

(1) Wieland, II. *Remarques préliminaires* aux art. 942 et ss., n^o 1.

(2) Wieland, art. 942, n^o 1.

(3) C.C.S., art. 942 : « Le registre foncier donne l'état des droits sur les immeubles.

« Il comprend le grand livre, les documents complémentaires (plan, rôle, pièces justificatives, état descriptif) et le journal. »

(4) *Suprà*, n^o 437.

(5) Titre final, art. 40, al. 2.

cations de fait sur la contenance de l'immeuble et autres particularités; 5° le Journal, contenant, par ordre chronologique, les réquisitions d'inscription au Registre.

A côté de ces documents qui constituent légalement le Registre foncier, il existe des livres auxiliaires, notamment un registre des personnes mentionnées au Registre foncier ⁽¹⁾.

479. Le Code civil suisse donne le nom d'« *inscription* » aux indications qui ont un effet constitutif, et celui d'« *immatriculation* » à celles qui sont écrites dans un simple but d'information (contenance d'un immeuble, construction élevée sur un fonds, etc.) ⁽²⁾.

480. Le Registre est donc destiné à contenir un état-civil complet de chaque immeuble, et c'est la base du système suisse. Ce qui figure sur les livres est opposable aux tiers; ce qui n'y figure pas ne leur est pas opposable. MM. Rossel et Mentha ⁽³⁾ font observer avec raison combien ce système rend le Droit immobilier plus clair, plus facile à établir que le système qui fonde le Droit immobilier sur l'occupation, la possession ou la recherche des titres. En Droit français, en effet, il n'y a que deux modes de preuve absolue de la propriété, la preuve de l'occupation et celle de la prescription. Tous les autres modes de preuve, et notamment la production d'un titre, n'ont qu'une valeur relative, et ne sont opposables qu'à celui qui a une situation moins bonne, par exemple parce que son titre est postérieur à celui de l'autre partie. Ils sont sans effet à l'égard de celui qui a une situation meilleure, par exemple parce que son titre ou le début de sa possession sont plus anciens que le titre de l'autre partie ⁽⁴⁾. Comme la possession est difficile à prouver, surtout la possession trentenaire, souvent suspendue par la présence de mineurs, il en résulte de fréquentes incertitudes, et de nombreux procès en matière de propriété et de servitudes.

481. Avec le Registre foncier, au contraire, du moins s'il est bien tenu, tout devient clair. Un immeuble est ce qu'il est dans le Registre, avec les qualités qui y sont mentionnées. Cependant certaines particularités n'y figurent pas, notamment les charges foncières et hypothécaires légales du Droit public ⁽⁵⁾.

Cette autorité du Registre foncier n'existe qu'à l'égard des tiers de bonne foi.

(1) C.C.S., art. 949, al. 1. Ordonnance sur le registre foncier, art. 108.1

(2) Wieland, II, art. 942, n° 3.

(3) Rossel et Mentha, II, p. 361.

(4) Aubry et Rau, 5^e éd., II, § 219, pp. 560 et ss. Baudry-Lacantinerie et Chauveau.

Biens. 235 et ss. — E. Lévy. *Sur l'idée de transmission de droits* (à propos de la preuve de la propriété immobilière).

(5) C.C.S., art. 784-808, al. 3 — 810, al. 2 — 836.

482. Le système du Registre foncier existait déjà dans quelques cantons : Bâle-Ville, Soleure, Vaud. Il a été introduit en Allemagne par le Code civil de 1896.

483. L'article 943 ⁽¹⁾ du Code suisse indique quels sont les biens à immatriculer comme immeubles au Registre foncier. Il répète les termes de l'article 655 C.C.S., sauf que l'alinéa 2 est renversé; il eût été plus simple de dire que : « sont immatriculés au Registre foncier les immeubles tels qu'ils sont définis à l'article 655. » L'article 943 emploie le mot « immeubles » dans deux sens différents, d'abord dans le sens général de l'article 655, et, dans l'alinéa 2, dans le sens de « biens-fonds » ⁽²⁾.

484. Nous ne reviendrons pas sur la classification des immeubles ⁽³⁾. Remarquons que la propriété distincte d'un étage d'une maison, admise expressément par le Code civil français (C.C.F., art. 664) a paru, à tort ou à raison, en Suisse, incompatible avec le principe que le Registre foncier ne mentionne que des droits relatifs aux « biens-fonds » qui sont des parties délimitées de la surface terrestre ⁽⁴⁾.

485. Ce genre de propriété, propriété séparée des divers étages, était fréquent dans certaines parties de la France, notamment dans le ressort des Cours d'appel de Chambéry et Grenoble, où il ne paraît pas avoir donné lieu à des difficultés plus nombreuses que les autres questions de voisinage; il existait aussi fréquemment dans plusieurs cantons suisses. Depuis la mise en vigueur du Code civil suisse, la constitution de droits de propriété ou de superficie sur les différents étages d'une maison est devenue impossible. M. Wieland ⁽⁵⁾ en donne pour motif, ce qui est insuffisant, que leur inscription et leur figuration au Registre donneraient lieu à trop de difficultés, et qu'il faudrait établir des plans en coupe. Cependant les mines, qui doivent être immatriculées, sont bien aussi des immeubles distincts de la surface du sol. La difficulté n'était pas insoluble, et la confection d'un plan en coupe n'avait rien de compliqué.

486. Pour les propriétés par étages déjà existantes au moment de la mise en vigueur du Code civil, elles subsisteront, et seront, non pas inscrites, mais mentionnées au Registre foncier, de la manière la plus appropriée ⁽⁶⁾. Ces droits, une fois éteints, ne pourront plus être rétablis ⁽⁷⁾.

(1) C.C.S., art. 943 : « Sont immatriculés comme immeubles au registre foncier :

« 1. Les biens fonds;

« 2. Les droits distincts et permanents sur des immeubles;

« 3. Les mines.

« Le mode d'immatriculation des droits distincts et permanents, ainsi que des mines,

est déterminé par une ordonnance du Conseil fédéral. »

(2) Wieland, art. 943, n° 1.

(3) *Suprà*, n° 54 et ss.

(4) *Ibid.*

(5) Wieland, art. 674, n° 3.

(6) Titre final, art. 45.

(7) *Ibid.*

487. L'article 944 C.C.S. élimine du Registre foncier les immeubles du domaine public, sauf disposition contraire de la législation cantonale, et sauf s'il existe à leur égard des droits réels soumis à l'inscription. Le motif est que ces immeubles ne peuvent être l'objet de libres transactions de Droit privé. Le texte s'applique aux choses qui ne sont pas l'objet d'un droit de propriété privé : immeubles sans maître, cours d'eaux publics, glaciers, terres impropres à la culture, et immeubles servant à l'usage public, tels que routes, places publiques, mais non pas les immeubles faisant partie du patrimoine privé du fisc, tels que les écoles, bâtiments d'administration, etc., qui doivent être inscrits (1).

Un registre spécial est réservé pour les chemins de fer servant à l'usage public (art. 944, al. 2) (2).

488. L'article 945 (3) du Code suisse, qui, en apparence, ne règle qu'une question de forme, est, en réalité, la base du système. Par lui, l'immeuble est individualisé, et forme une unité distincte. Le texte laisse au Conseil fédéral le soin de prendre les mesures nécessaires en cas de morcellement d'un fonds ou de réunions de plusieurs fonds, de manière à conserver, autant que possible, la simplicité primitive du Registre. L'ordonnance du Conseil fédéral sur le Registre foncier règle les détails, en cas de division d'un fonds ou réunion de plusieurs fonds, par ses articles 85 à 97. Il peut y avoir de sérieuses complications; lorsqu'une parcelle est détachée d'un immeuble pour former un nouveau numéro, l'immeuble n'est pas atteint juridiquement, les droits de gage immobilier, les servitudes subsistent; dans le cas contraire de réunions de parcelles, chacune de ces parcelles conserve, malgré la réunion, ses caractères juridiques antérieurs; il en résulterait qu'une parcelle devenue unique serait, pour partie seulement, grevée de gages ou autres droits réels. Pour éviter ces difficultés, l'ordonnance sur le Registre foncier, par ses articles 90 et 91, donne au conservateur, tantôt la faculté, tantôt le devoir de remplacer le feuillet, en cas de division, ou de conserver les feuillets anciens, en cas de réunion de parcelles.

489. Il faudrait que le personnel du Registre foncier fût parfait, ce qui est impossible, pour que, après une longue période, mettons un siècle, malgré toutes les précautions prises, le Registre foncier ne soit pas devenu

(1) Wieland, art. 944, n° 1.

(2) Cf. loi fédérale sur l'hypothèque et la liquidation des chemins de fer du 24 juin 1874. La plus grande partie des chemins de fer à voie normale sont devenus fédéraux et exploités par la Confédération.

(3) C.C.S., art. 945 : « Chaque immeuble

reçoit un feuillet et un numéro distincts dans le grand livre.

« Les formes à observer en cas de division d'un immeuble ou de réunion de plusieurs fonds sont réglées par une ordonnance du Conseil fédéral. »

beaucoup plus compliqué qu'au début. Il est inévitable que des erreurs, comme il s'en produit dans toute institution humaine, se glissent dans le Registre; elles ne seront pas toujours rectifiées et s'accumuleront. Ce n'est pas une raison pour ne pas approuver l'institution et l'organisation du Registre foncier; c'est une raison de penser simplement que, de temps à autre, à de longs intervalles, du reste, une refonte générale s'imposera.

490. Les « droits distincts et permanents », constituent des immeubles au sens de l'article 943 C.C.S. Ils doivent donc donner lieu à l'établissement d'un feuillet distinct, comme le déclare l'article 945 C.C.S. (1). Donc, le feuillet d'un droit de superficie constituera une page spéciale et recevra un numéro particulier. C'est une raison de plus pour regretter que le Code suisse ait changé les habitudes de certaines régions en interdisant les divisions des maisons par étages, car l'inscription d'un étage sur un feuillet spécial n'eût pas été plus compliquée que celle d'un « droit distinct et permanent ».

491. L'article 946 (2) C.C.S. indique quel doit être le contenu du feuillet. Le feuillet se compose de trois parties : 1^o propriété, 2^o servitudes et charges foncières, 3^o gages immobiliers. Une colonne « *annotations* » est placée en tête, une dernière colonne « *observations* » contiendra ce qui ne peut entrer dans les autres colonnes.

492. Fréquemment, les mentions que contiendra le feuillet seront sommaires. En effet, nous voyons, dans l'article 738 C.C.S., en matière de servitude, et dans l'article 971, en matière de tous droits immobiliers, que l'étendue des droits réels pourra être précisée par les pièces justificatives, le mode d'exercice, ou de toute autre manière. Il faut reconnaître que le législateur suisse ne s'est pas fait d'illusion, et qu'il a compris que, malgré les excellents résultats que donne l'institution du Registre, elle ne supprimera pas toutes les difficultés et toutes les contestations.

493. Dans la partie réservée à l'indication du propriétaire, le feuillet dira si l'immeuble est soumis à un droit de propriété individuelle, ou à un droit de copropriété, ou de propriété commune. Il indiquera les noms des copropriétaires communs, par exemple « communauté de biens universelle (C.C.S., art. 215 et ss.) existant entre tel et telle ». Un feuillet

(1) Cf. Wieland, art. 943, n° 3 — art. 945, n° 4.

(2) Art. 946 C.C.S. : « Les inscriptions portées dans les diverses rubriques du feuillet comprennent :

« 1. La propriété;

« 2. Les servitudes et les charges foncières établies en faveur de l'immeuble ou

sur l'immeuble;

« 3. Les droits de gage dont l'immeuble est grevé.

« A la demande du propriétaire, les accessoires de l'immeuble peuvent être mentionnés sur le feuillet; ils ne sont radiés que du consentement de tous ceux dont les droits, sont constatés par le registre foncier. »

distinct sera nécessaire à plusieurs copropriétaires, en certains cas, par exemple lorsqu'un droit de copropriété sur un immeuble, tel qu'un chemin commun, appartiendra à divers propriétaires de fonds déterminés, en leur qualité (1).

Les servitudes seront inscrites sur le feuillet du fonds dominant, et sur celui du fonds servant (2).

494. Les accessoires sont *mentionnés* au Registre, mais cette mention ne constitue pas une *inscription*. Elle crée une simple présomption, contre laquelle la preuve contraire est admissible, qu'ils ont la qualité d'accessoire. Cette mention ne produit donc pas les effets juridiques d'une inscription de droits réels immobiliers. Elle est faite sur le vu du consentement unilatéral du propriétaire (3). Elle est radiée sur le vu du consentement des intéressés, notamment des créanciers qui ont un droit de gage sur l'immeuble.

495. L'article 947 C.C.S. (4) est relatif aux feuillets dits *collectifs*, c'est-à-dire comprenant plusieurs immeubles, même séparés et non contigus, ce qui évitera la confection d'un trop grand nombre de feuillets, spécialement dans les régions rurales où la propriété est très morcelée, et où, cependant, les propriétés circulent peu, ou sont *transférées* en bloc, même quand il s'agit de parcelles distinctes, parce qu'un seul membre de la famille en devient propriétaire, ou parce qu'un tiers, pour avoir une exploitation agricole complète, a besoin de ces parcelles, de cultures diverses, préalablement réunies précisément dans ce but.

496. Ces feuillets collectifs ne sont pas établis d'office, mais sur la demande du propriétaire. Chaque immeuble distinct n'en conserve pas moins son existence juridique distincte (5), de telle sorte que chacun d'eux peut être grevé de charges distinctes, ou engagé séparément; en ce cas, le feuillet devra indiquer clairement quel est l'immeuble dont il s'agit. Si l'un des immeubles est aliéné, il sera distrait du feuillet, et formera un feuillet à part. Le propriétaire peut faire cesser l'union des immeubles sur un même feuillet, et demander que l'un d'entre eux, ou tous, fassent l'objet de feuillets distincts.

497. Les inscriptions s'opèrent, en général, et sauf dispositions con-

(1) Wieland, art. 946, n° 4.

(2) Wieland, art. 946, n° 5.

(3) C.C.S., art. 963, al. 1.

(4) C.C.S., art. 947 : « Plusieurs immeubles, même non contigus, peuvent être immatriculés sur un feuillet unique avec l'assentiment du propriétaire.

« Les inscriptions portées sur ce feuillet

étendent leurs effets, sauf pour les servitudes foncières, à tous les immeubles qui y sont réunis.

« Le propriétaire peut demander en tout temps que certains immeubles immatriculés sur un feuillet collectif cessent d'y figurer; les droits existants demeurent réservés. »

(5) Cf. Wieland, art. 947, n° 3.

traires des lois et ordonnances, sur la réquisition des personnes ou des autorités intéressées. La réquisition est adressée au conservateur du Registre foncier, et est immédiatement inscrite dans le livre-journal, qui est ainsi tenu dans un ordre rigoureusement chronologique.

498. Les pièces justificatives sont conservées, en original ou sous forme de copie certifiée. Dans la pratique, les parties établissent l'acte en plusieurs doubles, dont l'un sera remis au conservateur, et les autres gardés par elles. Ces pièces justificatives établissent, non seulement les droits des parties, mais aussi la légitimité des inscriptions au Registre. Elles servent encore à préciser les conditions des contrats, parfois sommairement résumées au Registre; elles fixeront, par exemple, le mode d'exercice d'un droit de passage, diront s'il peut être exercé à pied ou à char, l'époque de l'année où il peut être exercé, etc.

499. L'article 948 ⁽¹⁾ prévoit que les cantons peuvent donner au conservateur le pouvoir de dresser des actes authentiques. En ce cas, il ne sera pas nécessaire de conserver au Registre foncier les actes dressés par lui; le recueil de ses actes authentiques remplacera les pièces justificatives. Naturellement, si l'acte a été dressé par un autre officier public, le conservateur devra se conformer aux règles habituelles.

500. L'article 949 ⁽²⁾, analogue à celles des lois françaises qui délèguent le pouvoir législatif au gouvernement, en lui permettant de procéder par voie de règlements d'administration publique, donne au Conseil fédéral la mission de rendre des ordonnances réglant les détails de la tenue du Registre, et le pouvoir de prescrire la tenue de registres accessoires ⁽³⁾.

501. Les cantons peuvent édicter des dispositions relatives à l'inscription des droits réels immobiliers régis par la législation cantonale. Le pouvoir législatif du canton pourra donc, notamment, s'exercer dans les cas prévus par les articles 695 et 740 (droit de passage), 784, al. 1 (charges foncières de droit public), 962 (alignements), 686 (restriction au droit de bâtir), 688 (distance des plantations).

(1) C.C.S., art. 948: « Les réquisitions d'inscription sont portées dans le journal à mesure qu'elles ont lieu et à la suite les unes des autres, avec l'indication de leur auteur et de leur objet.

« Les pièces justificatives des inscriptions sont dûment classées et conservées.

« Dans les cantons où le conservateur du registre foncier a qualité pour dresser des actes authentiques, les pièces justificatives peuvent être remplacées par un recueil des titres, dont les inscriptions ont un caractère d'authenticité. »

(2) C.C.S., art. 949: « Le Conseil fédéral arrête les formulaires du registre foncier, rend les ordonnances nécessaires et peut prescrire la tenue de registres accessoires.

« Les cantons ont le droit d'édicter les dispositions relatives à l'inscription des droits réels sur les immeubles régis par la législation cantonale; la sanction du Conseil fédéral demeure réservée. »

(3) Voir l'ordonnance sur le registre foncier, du 22 février 1910, notamment art. 108, indiquant les registres accessoires.

§ 2. *Tenue du Registre.*

502. Le Registre foncier est tenu par arrondissement (art. 951, C.C.S.), comme le Registre de l'Etat-civil (art. 40 C.C.S.), le Registre du commerce (art. 859, al. 3 C.O.) les Offices de poursuites et faillites (loi sur les poursuites et faillites, art. 1). Ce sont les cantons qui fixent l'étendue de chaque arrondissement, et désignent les fonctionnaires chargés de tenir le Registre.

503. Lorsqu'un immeuble est situé dans plusieurs arrondissements, la situation est réglée par l'article 954 C.C.S. L'immeuble est immatriculé dans chacun des arrondissements, avec renvoi au Registre des autres. Les réquisitions et inscriptions se font dans l'arrondissement où se trouve la portion principale de l'immeuble, et le conservateur communique les inscriptions aux bureaux des autres arrondissements. C'est également le bureau dans le ressort duquel se trouve la portion principale qui conserve les pièces justificatives. Selon M. Wieland ⁽¹⁾, l'immeuble aura le même numéro dans les divers arrondissements.

504. La portion principale de l'immeuble s'apprécie par son étendue, de sorte que, contrairement au projet du Code, un jardin sera la portion principale, quoi qu'il soit l'accessoire d'une maison de valeur supérieure à la sienne ⁽²⁾.

505. La foi publique est due aux divers registres, et il en résulte ⁽³⁾ qu'un tiers n'a besoin de consulter que le Registre de l'arrondissement qui l'intéresse; les mentions omises à ce Registre ne lui seront pas opposables, même si elles figurent au Registre de la portion principale. La partie lésée aura un recours contre le canton (art. 955 C.C.S.).

506. Suivant l'opinion dominante, le seul conservateur compétent, *ratione loci*, est celui dans l'arrondissement duquel est située la portion principale; les inscriptions faites par un autre seraient nulles, comme le seraient les inscriptions prises par un conservateur pour un immeuble situé hors de son ressort.

507. Les cantons, qui règlent l'organisation des bureaux du Registre foncier, l'étendue des arrondissements, la nomination et le traitement des fonctionnaires, doivent établir une autorité de surveillance (art. 953 C.C.S.). Ces diverses organisations sont soumises à la sanction du Conseil fédéral. Les cantons fixent les émoluments dus pour les inscriptions, et pour les travaux de mensuration. Ils perçoivent ces émoluments.

(1) Wieland, art. 952, n° 1.

(2) Wieland, art. 952, n° 2.

(3) *Ibid.*, n° 6.

508. Bien que le Registre foncier soit tenu par ordre d'immeubles, et non par ordre de personnes, il fournit cependant certaines indications relatives aux droits des personnes : mention sommaire du régime matrimonial, indications sur la capacité des personnes, les sociétés, etc. Ces indications ne sont jamais mentionnées que d'une manière sommaire; pour plus de détails, les intéressés pourront consulter les autres registres, qui sont publics comme le Registre foncier : Registre des régimes matrimoniaux (art. 248 et ss. C.C.S.), Registre du commerce (C.O., art. 859), Registre de l'Etat-civil (art. 39 et ss. C.C.S.).

§ 3. *Responsabilité des cantons et des fonctionnaires.*

509. L'article 955 C.C.S. (1) règle l'importante question de la responsabilité des cantons. Le principe est excellent et préférable au principe français de l'irresponsabilité de l'Etat à raison des actes de ses fonctionnaires, principe qui a cependant reçu une atteinte, d'origine plutôt politique que juridique, dans l'article 1384 C.C.F., modifié par la loi du 20 juillet 1899, d'après lequel la responsabilité de l'Etat est substituée, en certains cas, à celle des membres de l'enseignement public. En France, le conservateur des hypothèques, le notaire, l'avoué, le mandataire légal ou conventionnel chargé d'opérer ou requérir une inscription ou une transcription est responsable de sa négligence; les tribunaux appliquent le principe avec rigueur. Mais, en cas d'insolvabilité, le recours devient illusoire. En Suisse, et aussi en Allemagne (2), l'Etat, c'est-à-dire, en Suisse, le canton, est responsable, sauf son recours contre les fonctionnaires. En France, au contraire, en cette matière, l'Etat n'est en général pas responsable.

510. Ce qui est intéressant, c'est que, en Suisse, la responsabilité du canton n'est pas subsidiaire : la partie lésée peut agir contre le canton, sans avoir à mettre en cause le fonctionnaire responsable de la faute, de l'erreur ou de la négligence.

511. Dans le Code civil allemand, il faut faire une distinction : si le fonctionnaire a commis un dol, une faute volontaire, la comparaison de l'article 12 de la loi sur les Livres fonciers et de l'article 839 C.C.A., auquel elle renvoie, montre que la partie lésée peut agir directement con-

(1) C.C.S., art. 955 : « Les cantons sont responsables de tout dommage résultant de la tenue du registre foncier.

« Ils ont un droit de recours contre les fonctionnaires, les employés et les autorités

de surveillance immédiate qui ont commis une faute.

« Ils peuvent exiger une garantie de leurs fonctionnaires et employés. »

(2) C.C.A., art. 839. Loi sur les Livres fonciers, du 24 mars 1897, art. 12.

tre l'Etat. Si ce fonctionnaire n'a commis qu'une négligence, la partie pourra bien encore agir contre l'Etat, au lieu d'agir contre le fonctionnaire, mais seulement si elle se trouve dans le cas prévu par l'article 839, c'est-à-dire si elle ne peut pas obtenir réparation d'une autre manière, par exemple en agissant contre une autre partie injustement enrichie ⁽¹⁾.

512. Au contraire, en Suisse, le droit d'agir contre le canton existe toujours, et immédiatement, sans qu'il soit besoin de rechercher si un recours contre une autre personne permettrait d'être indemnisé du dommage. Le canton a une responsabilité entière, et non pas seulement dans la mesure où le dommage ne peut être réparé par le fonctionnaire qui l'a causé ⁽²⁾. Et cette responsabilité ne dépend pas, comme en Allemagne, du point de savoir si le fonctionnaire a commis une faute, volontaire ou non. Pour que le canton soit responsable, il suffit qu'un dommage ait été causé, dans l'étendue de son territoire, par la tenue du Registre foncier.

513. Encore faut-il, cependant, que le dommage ait pour cause une faute d'un fonctionnaire, si légère soit-elle. Il n'y aura pas de responsabilité si le Registre a été tenu conformément aux lois. Peut-être peut-on citer un cas où le canton serait responsable, quand même le conservateur n'aurait commis aucune négligence, aucune erreur : si un faux, commis par un officier public, un notaire notamment, aboutit au transfert de la propriété à un tiers, le conservateur n'aurait aucun moyen de reconnaître la vérité. Il semble qu'en ce cas le canton sera responsable envers le propriétaire spolié. Cette responsabilité pourra ordinairement se justifier, en équité, par le mauvais choix qu'avait fait le canton d'un fonctionnaire indigne. Le notaire peut aussi être de bonne foi, et avoir été trompé sur l'identité ou la capacité d'une partie.

514. L'article 955 ne donne pas aux parties le droit d'attaquer le fonctionnaire directement. Au contraire, dans la loi allemande sur les Livres fonciers, il semble résulter de l'article 12 que la partie peut agir à son choix contre l'Etat ou contre le fonctionnaire. Selon M. Wieland ⁽³⁾, mais cette opinion nous paraît difficile à admettre, les cantons peuvent donner une action directe contre le fonctionnaire, action qui paraît irrécevable aux termes de l'article 955.

515. L'action en responsabilité contre le canton est, d'après l'opinion courante, un cas d'application de l'action de droit commun, basée sur le fait qu'un acte illicite a été commis, et sanctionnée par les articles 41 et ss. du Code des Obligations. Pour qu'il y ait responsabilité, il faut

(1) C.C.A., art. 812 à 822.

(2) Wieland, art. 955, n° 1.

(3) Wieland, art. 955, n° 1. Voir *infra*, n° 524.

que le dommage ait été causé d'une manière illicite, et il est nécessaire qu'il existe un rapport de cause à effet entre l'acte illicite et le dommage. Selon M. Wieland ⁽¹⁾, il n'est pas nécessaire qu'il y ait faute, mais il faut que le dommage ait été causé d'une manière illicite; c'est une question de définition. Le lésé n'a pas à prouver que le dommage est le fait de tel fonctionnaire déterminé. Ceci vient à l'appui de notre opinion ⁽²⁾ que le canton devra indemniser une personne dépouillée de sa propriété ou d'un droit réel, grâce à l'emploi de faux actes, ou fausses procurations, que le conservateur le plus diligent devait tenir pour bons.

516. A notre avis, le texte de l'article 955 prévoit deux actions, l'une contre le canton, qui existe toutes les fois qu'un dommage est causé à une personne par le *fait* de la tenue du Registre, l'autre dirigée par le canton contre le fonctionnaire; celle-ci suppose une faute. Le canton est une sorte d'assureur des personnes ayant des droits inscrits au Registre foncier; c'est une situation analogue à celle qui existe en Australie, avec l'organisation du fonds d'assurance ⁽³⁾. Il peut donc y avoir des cas où le canton sera responsable sans aucun recours contre qui que ce soit.

517. En Allemagne, il résulte de l'article 255 C.C.A. que l'Etat peut, comme en Suisse, recourir contre l'auteur de la faute, en se faisant céder les actions de la partie lésée.

518. Si la partie lésée a commis elle-même une erreur, une négligence, une faute qui ait aggravé le dommage, ou qui l'ait créé, le juge, en Suisse, pourra diminuer, ou même supprimer la responsabilité du canton; cette règle d'équité se trouve dans l'article 44 C.O.

519. Le dommage dont la réparation est demandée doit être pécuniaire ⁽⁴⁾. Il est, du reste, difficile de supposer, en cette matière, un dommage qui ne soit pas appréciable en argent.

520. Quand nous disons que le dommage doit résulter de la tenue du Registre foncier, il est bien entendu que le Registre ne se compose pas seulement des feuillets relatifs aux immeubles, mais aussi des plans, pièces justificatives, et même des registres accessoires puisque l'Ordonnance les a rendus obligatoires, en vertu d'une délégation du pouvoir législatif fédéral.

521. Selon M. Wieland ⁽⁵⁾, une mensuration inexacte ne tomberait pas sous le coup de l'article 955. Nous sommes d'un avis contraire; si la mensuration est mal faite, le plan est inexact et le plan fait partie du

(1) Wieland, art. 955, n° 2.

(2) *Suprà*, n° 516.

(3) *Suprà*, n° 471 et ss.

(4) Wieland, art. 955, n° 2. *d.*

(5) Wieland, art. 955, n° 3.

Registre (art. 942 C.C.S.), qui est, par conséquent, mal tenu. Le canton est donc responsable. Il est vrai que le conservateur n'a aucun moyen de vérification, mais nous avons vu que l'article 955 n'exige nullement une faute du conservateur pour que le canton soit responsable. L'ordonnance sur le Registre foncier, dans son article 3, indique que l'autorité prendra les mesures nécessaires pour que la mensuration du sol soit bien faite. Cette mensuration est officielle (1). Le recours du canton, en ce cas, s'exercera, non contre le conservateur, mais contre le géomètre, comme cela existait pour l'ancien cadastre de Savoie (2).

522. La prescription de l'action en responsabilité est la prescription de droit commun de l'article 60 du Code des Obligations. Le délai est d'un an, et part du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage, avec maximum de dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit. Si le fait dommageable provient d'un acte punissable par les lois pénales et soumis par ces lois à une prescription plus longue, cette prescription s'applique à l'action civile (3).

523. Le canton, nous l'avons vu, a un recours, non seulement contre les conservateurs, mais contre les fonctionnaires et employés, et aussi contre « les autorités de surveillance immédiate » qui ont commis une faute.

Pour assurer l'efficacité de ce recours, les cantons peuvent exiger de ces diverses personnes une garantie, qui pourra être une caution, le dépôt d'une somme d'argent, ou une hypothèque. Nous pouvons rapprocher cette disposition de celles du droit français (4), aux termes desquelles certains fonctionnaires, notamment les conservateurs des hypothèques, doivent déposer un cautionnement. Nous pouvons aussi rappeler, par analogie, l'hypothèque légale de l'article 2121, § 3 C.C.F., sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. Dans l'usage suisse, le cautionnement exigé est assez élevé : 3000 à 10000 francs.

524. Selon M. Wieland (5), le Code suisse ne pose, comme règle intangible, que la responsabilité du canton. Il en résulterait, ce que nous ne croyons pas exact (6), que le canton peut rendre le fonctionnaire directement responsable à côté du canton lui-même.

Par contre, nous croyons, avec M. Wieland, que le canton peut limi-

1) C.C.S., art. 950.

(2) *Suprà*, n° 396.

(3) Cf. en Droit français, sur la prescription extinctive de l'action civile, à raison d'un acte prévu et puni par les lois pénales. Voir Code français d'Instruction criminelle, art. 637, 638, 640.

(4) L. française du 28 avril 1816. Voir Dal-

loz. *Répertoire pratique. Cautionnement des fonctionnaires.*

(5) Wieland, art. 955, n° 6.

(6) *Suprà*, n° 514. L'art. 955 n'accorde au canton qu'un recours et non un droit d'appel en cause ou intervention forcée du fonctionnaire. D'autre part (voir *suprà*, n° 516) le canton est responsable d'un fait, le fonctionnaire n'est responsable qu'en cas de faute.

ter son propre recours; par exemple pour ne pas effrayer les fonctionnaires par une responsabilité exagérée, il peut la limiter au cas de faute lourde, ou au cas de dol.

525. L'article 956 prévoit que la gestion des conservateurs sera soumise à une surveillance régulière par les soins de l'« autorité de surveillance ». Cette autorité, sauf disposition de la loi attribuant compétence au pouvoir judiciaire, prononce sur les plaintes, et tranche les contestations qui s'élèvent au sujet des pièces justificatives, et déclarations produites et à produire (C.C.S., art. 956). Ce sont les cantons qui nomment le personnel de surveillance et organisent sa manière de procéder. Il est naturel que le canton, soumis à une lourde responsabilité, ait un moyen de contrôle, et puisse, avec le droit de trancher les différends, prévenir toute tenue irrégulière du Registre pouvant entraîner sa responsabilité.

526. La partie lésée peut agir par deux voies différentes ⁽¹⁾ : la plainte et la demande en justice. La première voie est administrative; la plainte est dirigée contre le conservateur, l'autorité cantonale prononce. La dernière voie est judiciaire; l'action en justice est dirigée, selon les circonstances, contre le canton, sauf recours du canton contre le conservateur, ou contre la partie adverse. La plainte n'est pas toujours admissible; ainsi les inscriptions déjà opérées ne peuvent être attaquées par voie de plainte, mais seulement par une action judiciaire : l'action en rectification. En général, la plainte aura pour base un fait négatif, retard, refus, omission; la faute positive : inscription indue, radiation indue, exigera, pour la rectification et la restauration des droits atteints, une décision de justice. La loi ne fixe aucun délai pour la plainte.

527. L'autorité cantonale a un pouvoir disciplinaire sur les fonctionnaires et employés qui contreviennent aux devoirs de leur charge. Les peines sont la réprimande, l'amende jusqu'à 1000 francs, et dans les cas graves, la destitution. Les poursuites pénales demeurent réservées. (C.C.S., art. 957.)

SECTION II. — Inscriptions.

§ 1. Règles générales sur les inscriptions et annotations.

528. L'article 958 ⁽²⁾ C.C.S. qui répète à peu près les termes des articles 655 et 946 C.C.S., s'occupe des *inscriptions*. Les articles 959, 960,

(1) Wieland, art. 956, n° 2.

(2) C.C.S., art. 958 : « Le registre foncier est destiné à l'inscription des droits immobiliers suivants :

« 1. La propriété; »

« 2. Les servitudes et les charges foncières; »

« 3. Les droits de gage. »

961 (1), s'occupent des *annotations*. L'inscription proprement dite est la base du Registre foncier; elle est relative à la naissance, au transfert et à l'extinction des droits réels sur les immeubles; les inscriptions sont au bénéfice de la « foi publique » due au Registre.

Les annotations indiquent certaines restrictions apportées aux droits des propriétaires, ou des titulaires de droits réels. L'article 961 prévoit des *inscriptions provisoires*. Les annotations correspondent, en somme, à une quatrième colonne du feuillet, s'ajoutant aux trois colonnes prévues par l'article 946 C.C.S.

529. Comme le montre l'article 959 C.C.S., certains droits personnels peuvent être annotés, et devenir ainsi opposables à ceux qui acquièrent des droits postérieurs. Ces droits personnels, une fois annotés, produisent donc des *effets réels*.

530. En France, il y a une situation analogue, réglée par l'article 1, § 4 de la loi du 23 mars 1855, qui soumet à la transcription les baux de plus de 18 ans. Notons que, dans la législation suisse, un bailleur qui a fait procéder à l'annotation de son droit pourra bien le faire valoir à l'encontre d'un acquéreur ou gagiste postérieur, mais non contre le bénéficiaire d'un droit de gage inscrit antérieurement. De même, en Droit français, le bénéficiaire d'un bail de plus de 18 ans transcrit peut l'opposer à un créancier hypothécaire inscrit postérieurement, mais il ne pourra opposer un droit de bail, pour plus de 18 ans, à un créancier inscrit antérieurement (2).

531. L'article 959 prévoit aussi l'annotation des droits d'emption, de préemption et de réméré. Avec le bail, ces droits sont les seuls droits personnels qui puissent être annotés, d'après le texte.

(1) C.C.S., art. 959 : « Les droits personnels, tels que les droits de préemption, d'emption et de réméré, les baux à ferme et à loyer, peuvent être annotés au registre foncier dans les cas expressément prévus par la loi.

« Ils deviennent ainsi opposables à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble. »

Art. 960 : « Les restrictions apportées au droit d'aliéner certains immeubles peuvent être annotées, lorsqu'elles résultent :

- « 1. D'une décision officielle, rendue pour la conservation de droits litigieux ou de prétentions exécutoires;
- « 2. D'une saisie, d'une déclaration de faillite ou d'un sursis concordataire;
- « 3. D'actes juridiques dont la loi autorise l'annotation, tels que la constitution d'un asile de famille et la substitution fidéicommissaire.

« Ces restrictions deviennent, par l'effet de leur annotation, opposables à tout droit

postérieurement acquis sur l'immeuble. »

Art. 961 : « Des inscriptions provisoires peuvent être prises :

- « 1. Par celui qui allègue un droit réel;
- « 2. Par celui que la loi autorise à compléter sa légitimation.

« Elles ont lieu du consentement des intéressés ou en vertu d'une décision judiciaire; elles ont pour effet que le droit, s'il est constaté plus tard, devient opposable aux tiers dès la date de l'inscription provisoire.

« Le juge prononce après une procédure sommaire et permet l'inscription provisoire, si le droit allégué lui paraît exister; il détermine exactement la durée et les effets de l'inscription et il fixe, le cas échéant, un délai dans lequel le requérant fera valoir son droit en justice. »

(2) Cf. Rép. Fuzier-Hermann et Carpentier. Transcription, n° 586 et ss. et 732 et ss.

Il faut cependant en ajouter d'autres, tout au moins les conventions relatives à l'avancement en rang des créanciers gagistes ⁽¹⁾. D'autres conventions, telles que celle d'un hôtelier qui s'oblige à ne s'approvisionner de bière qu'à une brasserie déterminée, ne sauraient produire d'effets réels, contre un tiers acquéreur, [au moyen d'une annotation ⁽²⁾. En somme, le Code suisse, tout en admettant les servitudes personnelles ⁽³⁾, n'a pas voulu leur faire produire des effets réels comme il l'a fait pour les servitudes réelles, et pour quelques droits personnels. Il y a là, sans doute, une série de situations intermédiaires qui donneront lieu à des difficultés. Peut-être, au point de vue pratique, eût-il été préférable de suivre les principes français, et supprimer les annotations, en décidant que les obligations personnelles ne seraient jamais opposables aux tiers acquéreurs, sauf, dans une certaine limite, les baux.

532. Le Code civil allemand ⁽⁴⁾ autorise, dans une large mesure, l'annotation au Livre foncier des obligations personnelles. Ainsi, celui auquel un gage a été promis peut faire annoter la promesse sur le Livre foncier, et exiger ensuite la constitution du gage même d'un propriétaire subséquent ⁽⁵⁾. Ce système complique singulièrement la situation, en faisant produire des effets réels à une créance personnelle permettant seulement d'espérer un droit réel. Cette complication est dangereuse. Le Livre foncier est fait pour mentionner les droits réels, et non les droits personnels.

533. La radiation de l'annotation s'opère au vu du consentement des intéressés, ou à la suite de l'extinction du droit, ou de la réalisation effective des droits d'emption, de préemption et de réméré.

534. Il n'est pas nécessaire d'annoter au Registre foncier le droit légal de préemption des copropriétaires ⁽⁶⁾.

535. Spécialement en ce qui concerne les baux d'immeubles, l'article 959 C.C.S., était rendu nécessaire par l'article 259 du Code des Obligations. D'après ce dernier texte, en cas d'aliénation de l'immeuble, le preneur n'aurait qu'une action personnelle contre le bailleur, et ne pourrait exiger d'un tiers acquéreur de l'immeuble le respect du bail que pendant les délais légaux de congé. Cependant, le tiers acquéreur est tenu de dénoncer le bail, sinon il est réputé en avoir assumé la continuation. Tandis que, si le bail est annoté, le tiers acquéreur sera tenu, dans tous les cas, de le respecter. A vrai dire, l'annotation ne rend pas le tiers acquéreur partie au bail; c'est au propriétaire antérieur qu'incombent

(1) C.C.S., art. 814, al. 3. Wieland, art. 959, n° 2 — art. 814, n° 7.

(2) Wieland, art. 959, n° 2.

(3) *Suprà*, n° 253 et ss.

(4) C.C.A., art. 883, 885, 886.

(5) C.C.A., éd., du Comité de lég. étrang., art. 883, note 1.

(6) C.C.S., art. 682. Cf. C.C.S., art. 680.

les obligations et appartiennent les droits qui dérivent du bail ⁽¹⁾. Cette solution, si elle est admise par la jurisprudence, ce qui n'est pas sûr, serait contraire à la règle française ⁽²⁾ d'après laquelle l'acquéreur est de plein droit subrogé aux obligations du bailleur, et tenu d'entretenir le bail. Il semble préférable d'admettre que, en Suisse, l'annotation rend le bail opposable au tiers acquéreur, de telle sorte qu'il est subrogé aux obligations du bailleur ⁽³⁾. Il est vrai que cette subrogation ne se trouve pas expressément mentionnée dans l'article 959 C.C.S., ni, du reste, dans l'article 1743 C.C.F. Ne serait-il pas préférable d'admettre tout simplement, comme y tend le développement historique du Droit, le caractère réel du droit du preneur ⁽⁴⁾ ?

536. L'article 960 ⁽⁵⁾ C.C.S. indique, en termes très limitatifs, quelles sont les restrictions du droit d'aliéner qui peuvent être annotées. L'effet de l'annotation sera, naturellement, de rendre la situation opposable à toute personne ayant acquis un droit postérieur sur l'immeuble. Il suffit de lire le texte pour constater que ces restrictions au droit d'aliéner ont, à leur base, un acte de l'autorité publique, ou une règle d'ordre public, et non pas la simple volonté des parties. Il existe, en outre, certaines restrictions au droit d'aliéner qui sont toujours, et en tout cas, opposables à tous les tiers, sans qu'il soit besoin de les annoter. Ce sont celles qui dérivent du Droit public ⁽⁶⁾. Mais, en ce qui concerne ces dernières restrictions au droit d'aliéner, les cantons peuvent en prescrire l'annotation, sous réserve de la sanction du Conseil fédéral. (C.C.S., art. 949, al. 2.)

537. Les restrictions au droit d'aliéner prévues par l'article 960 sont, par l'effet de l'annotation, rendues opposables à tous, tandis que, non annotées, elles ne peuvent être invoquées que contre un tiers de mauvaise foi. L'annotation de la constitution d'un asile de famille, et celle de la substitution fidéicommissaire étaient déjà prévues par les articles 353 et 490, al. 2 C.C.S. Il faut regretter que la loi n'ait pas prévu l'annotation des nominations d'exécuteurs testamentaires; les articles 517 et 518 C.C.S. sont muets à cet égard. Il semble en résulter que les actes de disposition des héritiers faits au mépris des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire seront valables à l'égard des tiers de bonne foi.

(1) Wieland, art. 959, n° 5, c.

(2) Planiol, II, n° 1742. Dalloz. *Code civ. annoté*, art. 1743, n° 48.

(3) Cf. Wieland, art. 959, n° 2.

(4) Cf. Troplong, *Louage*, I, n° 5. II, n° 473. Voir la discussion de Planiol, II, n° 1710 et ss.

(5) Voir le texte, *suprà*, n° 528, en note.

(6) C.C.S., art. 664 sur les choses sans maître et les biens du domaine public — divers textes législatifs suisses en matière forestière — loi fédérale du 11 oct. 1902 sur les forêts. C.C.S., art. 616 sur les spéculations immobilières, et art. 218 C.O. Voir *suprà*, n° 312 et ss.

538. Il y a encore d'autres restrictions au droit d'aliéner qui sont opposables à tous, sans qu'il soit besoin d'annotation, parce qu'elles sont légales et que les tiers ne peuvent invoquer leur ignorance de la loi; on peut citer la restriction au droit d'aliéner qui résulte de l'incapacité ou de la capacité restreinte de la femme. En général, les actes faits malgré l'existence de ces restrictions ne sont nuls qu'à l'égard de la personne à l'égard de laquelle la restriction a été édictée (1).

539. En ce qui concerne les restrictions au droit d'aliéner prévues par l'article 960, la nullité de l'acte, ici aussi, est relative, c'est-à-dire que cette nullité ne pourra être invoquée que par la personne au profit de laquelle existait l'annotation, par exemple les créanciers de la faillite; les créanciers saisissants, et encore, en ce qui concerne les créanciers de la faillite, à partir seulement de la publication officielle faite par l'office des faillites, ou à partir de l'avis de faillite paru dans la *Feuille officielle du commerce* (2).

540. L'article 961 (3) s'occupe des *inscriptions provisoires*; le mot d'*inscription* n'est pas exact; il s'agit ici d'*annotations* (4); d'après le texte allemand: «des inscriptions provisoires peuvent être *annotées*». Ces inscriptions peuvent être prises, ou plutôt annotées: 1^o pour protéger celui qui allègue un droit réel: par exemple celui qui intente une action en rectification du Registre foncier; 2^o pour protéger celui que la loi autorise à compléter sa légitimation, c'est-à-dire à se procurer les éléments de preuves nécessaires pour obtenir une inscription définitive.

541. Le Droit français ne connaît pas ces sortes d'inscriptions ou d'annotations, qu'il serait utile d'y introduire, par exemple en décidant que les actions en revendication, les actions confessoires, et autres tendant à modifier l'état juridique des immeubles, seraient annotées sur le Registre des transcriptions.

542. Malgré l'inscription de l'article 961, l'immeuble reste disponible; le propriétaire, ou du moins celui qui est inscrit comme tel, peut faire tous les actes de disposition qu'il lui plaira de faire. Mais la personne qui a pris l'inscription provisoire pourra faire tomber les actes faits au mépris de ses droits, quand elle les aura établis. Avant le Code civil, dans plusieurs cantons, l'immeuble était immobilisé (*gesperrt*) par l'inscription provisoire; le conservateur devait alors refuser toute inscription d'un acte de disposition. Le régime du Code civil suisse est préférable; il

(1) Wieland, art. 960, n° 1, bb.

(2) Cf. Loi sur les poursuites et faillites, art. 176 et 232. — C.O., art. 862-863.

(3) Voir le texte, *suprà*, en note, sous le n° 528.

(4) Cf. Wieland, art. 961, n° 1.

est tout à fait inutile de frapper un immeuble d'indisponibilité, alors que peut-être le bénéficiaire de l'inscription provisoire n'a aucun droit. En fait, il faut bien reconnaître que l'inscription provisoire gênera le propriétaire pour disposer de son immeuble, de telle sorte qu'il pourra, parfois, demander des dommages-intérêts à raison d'une inscription provisoire injustifiée.

543. Quoique l'article 961 ne le dise pas expressément, il faut penser ⁽¹⁾ que l'inscription ou annotation provisoire peut être réclamée même par ceux qui se prévalent d'un droit personnel soumis à annotation, bail, droit d'emption, etc., ou d'une restriction au droit d'aliéner soumise à annotation. « L'inscription provisoire ne peut être demandée qu'en cas de danger suscité par le principe de la foi publique due au Registre foncier ⁽²⁾. » M. Wieland cite deux cas où l'inscription provisoire ne peut être requise : 1^o le cas où le propriétaire conteste la validité d'une hypothèque (mais non d'une cédula hypothécaire ou d'une lettre de rente), car le tiers acquéreur d'une hypothèque nulle, ou se heurtant à une exception, n'acquiert aucun droit de gage; 2^o le cas où le propriétaire allègue la nullité d'un usufruit inscrit, car cet usufruit n'est pas cessible et le propriétaire n'a pas à craindre un tiers acquéreur de bonne foi.

544. Nous avons déjà vu ⁽³⁾ que l'inscription provisoire ne rend pas l'immeuble indisponible, n'entraîne pas l'« immobilisation du Registre foncier » (*Sperrung des Grundbuchs*). Le titulaire de l'inscription peut donc disposer de l'immeuble, mais, si le titulaire de l'inscription provisoire obtient gain de cause, les actes de disposition, les constitutions de gages inscrits au préjudice de ses droits sont *rétroactivement* anéantis, et cet effet se produit, non seulement à l'égard du défendeur, mais aussi à l'égard de tout acquéreur subséquent.

545. L'annotation de l'inscription provisoire met obstacle à la prescription, et l'interrompt. Mais elle ne crée aucune présomption en faveur du droit annoté, bien qu'elle soit opérée du consentement des intéressés, ou en vertu d'une décision de justice. Cette situation peut être comparée, en Droit français, à celle d'une personne qui a obtenu une mesure provisoire, par voie de référé, réservant le fond, et ne créant aucune présomption en sa faveur. Peut-être, en fait, la décision qui accorde l'inscription constituera-t-elle un préjugé; car le juge qui l'accorde doit considérer le droit comme vraisemblable, et ce juge paraît être, en général, le même qui statuera définitivement. Ce juge détermine la durée de l'inscription

(1) Cf. Wieland, art. 961, n^o 2.

(2) Wieland, art. 961, n^o 3.

(3) *Suprà*, n^o 542.

provisoire, durée qui sera celle présumée du procès; il peut accorder des prorogations.

546. L'inscription provisoire est rayée quand le juge a rendu une décision définitive, ou quand le bénéficiaire y consent volontairement, ou encore, après avis au bénéficiaire (art. 969 C.C.S.) quand le temps **fixé** est écoulé.

547. Tout ce que nous venons de dire s'applique à l'inscription provisoire prise en vertu du § 1 de l'article 961. Celle qui est prévue par le § 2 produit des effets différents. Ici, le titulaire de l'inscription provisoire ne deviendra propriétaire, titulaire de la servitude, etc., que lors de l'inscription définitive, quand il aura formé une « légitimation » complète. Les actes de disposition du titulaire de l'inscription définitive antérieure seront bien nuls, mais à l'égard du titulaire de l'inscription provisoire seulement.

548. M. Wieland ⁽¹⁾ cite un cas où il y a « immobilisation du registre », (*Grundbuchsperrung*), c'est celui où les artisans et entrepreneurs ont fait annoter le début de leurs travaux (C.C.S., art. 841). En ce cas, et jusqu'à l'expiration du délai d'inscription, aucun droit de gage ne pourra être inscrit que sous la forme d'hypothèque (art. 841) et non sous forme de cédule ou de lettre de rente, ceci afin d'éviter qu'un tiers acquéreur de ces titres, qui a le droit de s'en rapporter aux énonciations de son titre (C.C.S., art. 866) ne fasse échec aux droits de l'artisan ou entrepreneur.

549. L'article 962 ⁽²⁾ C.C.S. contient une disposition très heureuse. Puisque la mesure administrative, alignement ou autre, produit des effets de droit civil en portant atteinte aux droits du propriétaire, il est utile que le tiers acquéreur puisse s'en rendre compte par le seul examen du Registre, et il sera utile que les cantons usent de la faculté qui leur est donnée. En France, l'acquéreur, après avoir, à grand'peine, et souvent avec incertitude, établi le droit de propriété de son vendeur, et ses restrictions, par l'examen des transcriptions, des inscriptions, de l'enregistrement des baux, doit encore examiner la situation administrative. En Suisse, les cantons pourront prescrire l'inscription de diverses mesures administratives, par exemple des mesures propres à conserver la pureté des sources ⁽³⁾.

(1) Wieland, art. 961, n° 9.

(2) C.C.S., art. 962 : « Les cantons peuvent prescrire la mention au registre foncier de restrictions de la propriété fondées sur le droit public, telles que celles résultant d'un plan d'alignement et autres semblables.

« La sanction du Conseil fédéral demeure réservée. »

(3) Cf. en France, le périmètre de protection des sources d'eaux minérales et thermales. Loi du 14 juillet 1856.

§ 2. *Conditions de l'inscription.*

550. Nous trouvons, dans les articles 963 à 966 C.C.S. les détails relatifs aux conditions nécessaires pour qu'une inscription soit opérée, modifiée ou radiée. Un principe important, appelé « principe de la légalité », domine cette matière. En vertu de ce principe, le conservateur est tenu de vérifier l'existence de toutes les conditions matérielles et formelles.

Ce devoir de vérification, qui est en même temps un droit pour le conservateur, a une grande importance, puisque la responsabilité du canton et celle du conservateur peuvent être engagées par suite d'une erreur ou d'une négligence commises lors de cette vérification.

551. En Droit français, le principe existe, quoique non écrit. Le conservateur des hypothèques, responsable, a le droit, et il en use, de vérifier particulièrement si les conditions nécessaires pour une radiation sont bien remplies. Il a certainement le droit de refuser de transcrire un acte ou inscrire une hypothèque quand il sait que les actes présentés sont des faux. Mais il n'a pas à vérifier, par exemple, si le vendeur était bien propriétaire, ni même si l'immeuble vendu comme libre d'inscription ou de servitudes n'en est pas grevé, ce que pourraient lui révéler ses registres.

En Suisse, l'authenticité exigée pour les actes de disposition relatifs à des immeubles ⁽¹⁾, est une excellente garantie contre les erreurs et les abus; la vérification du conservateur complète l'efficacité de cette mesure.

552. L'inscription s'opère sur le vu d'une déclaration écrite du propriétaire de l'immeuble, ou en vertu de la loi, ou d'un jugement passé en force de chose jugée ou d'un autre acte équivalent. La note marginale de l'article 963 ⁽²⁾, qui fait partie du texte, donne, à tort ⁽³⁾, le nom de « réquisition », d'une part au consentement, qui émane du propriétaire, et d'autre part à la réquisition proprement dite, qui émane d'un tiers, par exemple du créancier gagiste. Le consentement est une formalité substantielle, nécessaire toutes les fois qu'il s'agit d'une inscription créatrice de droits, ou d'une inscription fondée sur le droit de disposition du propriétaire. La réquisition n'est qu'une formalité, faite sous une forme quel-

(1) En Suisse, l'acte authentique fait preuve, mais seulement jusqu'à preuve contraire, qui peut être faite par tous moyens (C.C.S. art. 9 et 10).

(2) C.C.S., art. 963: « Les inscriptions s'opèrent sur la déclaration écrite du propriétaire de l'immeuble auquel se rapporte leur objet.

« Cette déclaration n'est pas nécessaire,

lorsque l'acquéreur se fonde sur la loi, ou qu'il produit un jugement passé en force de chose jugée ou tout autre acte équivalent.

« Les cantons peuvent charger les officiers publics qui ont qualité pour dresser des actes authentiques, de requérir l'inscription des actes reçus par eux. »

(3) Wieland, art. 963, n° 1.

conque, même orale⁽¹⁾ ; c'est un acte de procédure. Comme le consentement est nécessaire à la validité de l'inscription, il doit en rester trace, aussi doit-il nécessairement être donné par écrit.

553. Le consentement n'est, du reste, pas suffisant ; il faut qu'il soit précédé d'un acte juridique valable emportant transfert de propriété, constitution de gage, etc. Cette règle du Droit suisse est contraire à celle du Code civil allemand ⁽²⁾, d'après lequel la validité du rapport obligatoire entre les parties est sans intérêt, et d'après lequel il suffit que les parties soient d'accord sur le transport du droit, et sur l'inscription de ce transport sur le Livre foncier. Le Code suisse a donc suivi, ici, le principe français (principe de la légalité) d'après lequel la nullité du titre obligatoire met obstacle à la naissance du droit réel. Le Droit antérieur suisse était en ce sens, de même que le Droit autrichien, et certains Droits particularistes allemands. La conséquence pratique, c'est que l'instrument du titre juridique doit être présenté au conservateur qui le vérifiera (C.C.S., art. 965). En outre, une inscription acceptée par le conservateur, mais fondée sur un acte nul, un acte de vente sous seing privé, par exemple, pourra être attaquée (C.C.S., art. 975), tandis qu'en Allemagne, le droit réel serait régulièrement né ou transféré.

Le système allemand a l'avantage de donner une plus grande force aux indications du Livre foncier ; il pourra en résulter que, dans beaucoup de cas, il sera inutile de passer un acte antérieur.

554. Si le Code Suisse attribue une importance essentielle à l'existence et à la validité de l'acte juridique, il n'admet cependant pas, comme le Droit français, que cet acte puisse, à lui seul, créer ou transférer des droits réels. En Suisse, l'acte juridique ne peut engendrer que des obligations personnelles ; on peut dire, dans une certaine mesure, qu'en Allemagne le consentement à l'inscription crée ou transfère les droits réels, et qu'en Suisse c'est l'inscription seulement qui crée ou transfère les droits réels. Il ne faut, du reste, pas exagérer ce que nous venons de formuler ; on peut préciser la situation en disant qu'en Allemagne, le consentement à l'inscription joint à l'inscription joue le rôle qu'a, en France, l'acte suivi de transcription, et en Suisse l'acte suivi du consentement à l'inscription et de l'inscription.

555. Revenons au Droit suisse : la volonté de transférer les droits réels immobiliers est nécessaire, non seulement au moment de l'acte, mais aussi au moment du consentement à l'inscription. Il en résulte qu'un

(1) Wieland, art. 963, n° 1. d.

(2) « Principe matériel du consentement ».
Voir C.C.A., art. 873, 925.

vendeur, s'exposant d'ailleurs à une action personnelle, peut paralyser les effets réels de la vente en refusant son consentement à l'inscription. Ce résultat ne pourrait être obtenu en Droit français.

La partie qui donne son consentement doit être capable de créer ou transférer un droit réel, soit au moment de l'acte, soit au moment du consentement à l'inscription, et même, selon M. Wieland ⁽¹⁾, au moment de l'inscription.

La déclaration unilatérale du propriétaire suffit, le consentement de l'autre partie est présumé ⁽²⁾.

556. Le consentement doit émaner de tous les copropriétaires ou communistes en cas de copropriété ou de propriété commune. Les représentants légaux, tuteurs, curateurs, détenteurs de la puissance paternelle, peuvent donner le consentement, sous réserve de l'assentiment des autorités instituées par la loi, notamment l'autorité tutélaire ⁽³⁾.

557. Si le consentement doit nécessairement être donné par écrit, rien ne s'oppose à ce qu'il soit donné dans l'acte de vente lui-même, mais il faut alors qu'il apparaisse comme un acte juridique distinct du contrat de vente; par exemple, il sera mis au bas de l'acte de vente.

558. L'article 963, alinéa 2, indique certains cas où la déclaration de consentement n'est pas nécessaire. Le fait a lieu quand le titre de l'acquéreur est légal ou judiciaire : comme exemple d'un titre légal, on peut citer le cas d'une acquisition résultant d'un régime matrimonial, ou de l'occupation, ou de l'alluvion, enfin et surtout le cas de la succession. Comme titres judiciaires, on peut citer le cas de l'expropriation et de l'exécution forcée. Dans ces divers cas, l'inscription ne fait que reconnaître un transfert de propriété préexistant ⁽⁴⁾. M. Wieland ⁽⁵⁾ appelle ces inscriptions *rectificatives*, sans doute pour qu'elles rendent le Registre conforme à la véritable situation, puisque ici il y avait transfert de propriété dès avant l'inscription.

559. Il existe des inscriptions, qui ne rentrent pas dans la catégorie précédente, et qui sont bien *constitutives*, et pour lesquelles le consentement du propriétaire n'est pas nécessaire; on peut citer les inscriptions du droit de gage légal des articles 837, 838, 839 C.C.S. (vendeur, copartageant, artisans et entrepreneurs) ⁽⁶⁾. Le conservateur, du reste, devra aviser le propriétaire et les autres intéressés titulaires de droits réels (C.C.S., art. 969).

(1) Wieland, art. 961, n° 2. d.

(2) Wieland, art. 963, n° 2.

(3) Cf. C.C.S., art. 404.

(4) Cf. C.C.S., art. 656 — art. 665, al. 3.

(5) Wieland, art. 963, n° 6 (trad. Dr H. Bovay).

(6) Cf. C.C.F., art. 2103, § 1, 3 et 4

560. L'alinéa 3 de l'article 963 signifie que l'officier public chargé de la rédaction des actes authentiques peut recevoir de l'autorité cantonale le mandat légal de requérir les inscriptions; il ne s'agit pas ici du consentement à inscription, mais de la réquisition qui, nous l'avons vu, peut être présentée sous une forme quelconque. Même si le canton ne donne pas à l'officier public le mandat légal, il peut, comme mandataire conventionnel, requérir l'inscription.

561. L'article 964 (1) s'occupe des radiations et modifications des inscriptions. Là encore, il faut distinguer les radiations et modifications *rectificatives* ou *déclaratives*, qui constatent une suppression ou modification antérieure de droits réels, et celles qui sont *constitutives*, comme, par exemple, la radiation d'une servitude à la suite d'une renonciation volontaire.

562. Lorsqu'il s'agit d'une radiation *constitutive*, il faut une déclaration écrite de ceux à qui l'inscription conférait des droits; cette déclaration peut, du reste, résulter de la simple signature des ayants droit apposée sur le journal. Ainsi, pour la radiation d'une servitude existant au profit d'un fonds, il faut la déclaration ou la signature des propriétaires du fonds dominant, de l'usufruitier, du créancier gagiste, en un mot de tous ceux qui ont intérêt à ce que la valeur du fonds ne soit pas diminuée. Quant à la partie contre laquelle était prise l'inscription, son consentement est présumé, et il n'est pas nécessaire qu'il soit constaté par écrit.

563. Lorsqu'il s'agit d'une radiation *rectificative* ou *déclarative*, cette radiation est moins nécessaire. En effet, par exemple, quand un usufruit est éteint par suite du décès de l'intéressé, peu importe que l'usufruit reste inscrit, puisqu'il ne produit plus d'effet. Cependant, il faut bien que le Registre foncier indique l'extinction, sinon il ne présenterait plus un aspect exact de l'immeuble. Et, dans l'intérêt de son crédit, le propriétaire ne manquera pas de faire radier l'inscription de l'usufruit. La loi exige, ici aussi, le consentement des intéressés; c'est une précaution destinée à éviter les erreurs, et à éviter la responsabilité éventuelle du canton et des fonctionnaires. Mais (2), si le conservateur a radié l'inscription sans avoir le consentement des intéressés, alors que le droit inscrit était véritablement éteint, la radiation n'en sera pas moins valable; une action en rectification serait irrecevable, faute d'intérêt, et une action en responsabilité serait sans fondement, faute de dommage et faute d'intérêt.

(1) C.C.S., art. 964: « Les radiations ou modifications ne peuvent être faites que sur la déclaration écrite de ceux auxquels l'inscription confère des droits. »

« Cette déclaration peut être remplacée par la signature des ayants droit, apposée sur le journal. »

(2) Cf. Wieland, art. 964, n° 2. b.

564. En général, la forme des actes nécessaires pour la radiation est plus simple que celle des actes nécessaires pour l'inscription. Nous avons vu qu'une simple signature sur le Journal suffit (art. 964, al. 2).

565. Il existe une symétrie presque complète entre les règles relatives aux inscriptions et celles relatives aux radiations. Cependant, bien que l'article 946 parle de l'*inscription* de la propriété, en la mettant sur le même plan que l'inscription des autres droits réels, il n'y a pas, à proprement parler, de radiation de la propriété, sauf dans les cas très rares où elle disparaît, par exemple si une parcelle est enlevée par une inondation ou un éboulement. En règle générale, la propriété se transmet d'une personne à une autre, et à une radiation correspond une inscription au nom d'une autre personne. Au contraire, les autres droits, servitudes ou gages, disparaîtront souvent par le fait de la radiation. On peut dire cependant que la propriété, en principe pleine et entière, avait été démembreée, et que la servitude ou le gage disparaissant, le droit aliéné revient automatiquement au propriétaire, qui peut en disposer de nouveau. Mais, pour cette sorte de transfert du droit au profit du propriétaire, il n'y a pas lieu à une inscription spéciale, celle de la propriété suffit. Il y a là une différence entre la propriété « droit corporel » et les autres droits réels « incorporels ».

566. L'article 965 ⁽¹⁾ C.C.S. est relatif à la *légitimation* du requérant, c'est-à-dire à sa *justification*. Le requérant doit justifier du bien-fondé de sa demande. Il en résulte, pour le conservateur, un devoir et un droit de vérification.

La légitimation porte sur le droit de disposer du requérant, sur le titre juridique (vente, constitution de gage, etc.) et sur la validité de ce titre au fond et en la forme. Le conservateur devra vérifier tous ces points, et aussi l'identité du requérant avec la personne *légitimée*. Ainsi, un représentant légal, tel qu'un tuteur, devra produire son acte de nomination. L'identité matérielle du requérant avec la personne légitimée ne souffrira pas de difficulté quand le requérant sera connu personnellement du conservateur; dans le cas contraire, le conservateur devra s'entourer des précautions nécessaires ⁽²⁾. Toute négligence, toute erreur sur ces divers

(1) C.C.S., art. 965 : « Aucune opération du Registre foncier (inscription, modification, radiation) ne peut avoir lieu sans légitimation préalable du requérant quant à son droit de disposition et au titre sur lequel se fonde l'opération.

« Le requérant établit son droit de disposition en prouvant son identité avec la per-

sonne légitimée aux termes du Registre, ou sa qualité de représentant de cette dernière.

« Il justifie de son titre en prouvant que les formes auxquelles la validité de celui-ci est subordonnée ont été observées. »

(2) Cf. Ordonnance sur le Registre foncier, art. 15, 16, 17.

points engage la responsabilité du conservateur. C'est une garantie de premier ordre donnée aux tiers.

567. En France, où la responsabilité de l'Etat n'existe pas, celle du conservateur est assez rigoureuse, aux termes des articles 2197 et 2202 C.C.F. Le conservateur, en principe, n'a pas à vérifier l'identité du requérant, et, en cas de fraude ou d'erreur, il n'est responsable que si, en fait, une négligence ou une faute peut lui être imputée.

En Suisse, quand la légitimation fait défaut, la demande doit être écartée, aux termes de l'article 966 C.C.S. (1). Cependant, si le titre existe (2), et s'il n'y a lieu que de compléter la légitimation, le requérant peut, avec le consentement de l'autre partie, ou sur une ordonnance du juge, prendre une inscription provisoire (3).

§ 3. Mode de l'inscription.

568. L'ordre des inscriptions est réglé par l'article 967 C.C.S. (4). Les inscriptions sont faites au Grand Livre dans l'ordre chronologique, c'est-à-dire dans l'ordre des dates où elles sont mentionnées au Journal. Cependant (5), les inscriptions portées au Journal le même jour sont réputées avoir le même rang, comme cela se produit en Droit français pour les inscriptions hypothécaires (6). Tel est du moins l'avis de M. Wieland. Pourtant, puisque la loi suisse fait du Journal un livre légal, analogue en cela au Registre prévu par l'article 2200 C.C.F., il n'y a pas de raison pour que les inscriptions ne produisent pas leurs effets d'après l'ordre rigoureusement chronologique (7). Le seul danger peut être l'empressement fâcheux des deux rivaux à courir se faire inscrire au Journal.

Les servitudes sont inscrites et radiées sur les feuillets du fonds dominant et du fonds servant (art. 968 C.C.S. (8)). Il s'agit naturellement des servitudes réelles pour lesquelles il existe un fonds dominant et un fonds servant.

(1) C.C.S., art. 965 : « Toute réquisition doit être écartée, si la légitimation fait défaut. »

« Néanmoins, si le titre existe et s'il n'y a lieu que de compléter la légitimation, le requérant peut, avec le consentement du propriétaire ou sur ordonnance du juge, prendre une inscription provisoire. »

(2) Texte allemand : « *est présenté* ».

(3) C.C.S., art. 961, voir *suprà*, n° 528. et ss. — 540 et ss.

(4) C.C.S., art. 967 : « Les inscriptions au Grand livre se font dans l'ordre des réquisitions, ou dans l'ordre des actes ou déclara-

tions signés par-devant le conservateur. »

« Un extrait de toute inscription est délivré à la demande de ceux qu'elle concerne. »

« La forme des inscriptions, des radiations et des extraits est arrêtée par une ordonnance du Conseil fédéral. »

(5) Wieland, art. 967, n° 2.

(6) C.C.F., art. 2147.

(7) Cf. Loi allemande sur les Livres fonciers du 24 mars 1897, art. 46.

(8) C.C.S., art. 968 : « Les servitudes sont inscrites et radiées aux feuillets du fonds dominant et du fonds servant. »

569. L'article 969 ⁽¹⁾ prescrit au conservateur d'aviser les intéressés de toute opération, et le délai pour attaquer les opérations ne court qu'à partir du moment où les intéressés ont été ainsi avisés. C'est une disposition très sage, qui existait déjà dans la loi allemande du 24 mars 1897, sur les Livres fonciers, art. 55, modifié par la loi du 14 juillet 1905. Naturellement le conservateur n'aura pas à aviser les personnes dont le consentement est nécessaire. Si elles ne consentent pas, l'opération ne sera pas faite; si elles consentent, elles connaissent d'avance l'opération.

SECTION III. — Publicité du Registre foncier.

570. L'article 970 ⁽²⁾ C.C.S. déclare que le Registre foncier est public. Toute personne qui justifie d'un intérêt peut se faire communiquer un feuillet, désigné par elle, avec les pièces justificatives. Nul ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas connu une inscription.

Cette publicité est donc limitée; elle ressemble à celle organisée par la loi allemande du 24 mars 1897 sur les Livres fonciers. Mais la publicité du Livre foncier allemand est plus large que celle du Registre foncier suisse; l'intéressé peut se faire communiquer, non seulement un feuillet, mais le Livre lui-même. Le Droit français ⁽³⁾ et le Droit autrichien ⁽⁴⁾ permettent d'obtenir les renseignements fonciers et hypothécaires, sans même avoir besoin de justifier d'un intérêt. D'autres législations ⁽⁵⁾ ne permettent la consultation qu'à la personne inscrite au Registre ou à ses représentants.

571. Contrairement à l'opinion de M. Wieland ⁽⁶⁾, nous estimons de beaucoup préférable le système français et rejetons les systèmes suisse et allemand. M. Wieland reconnaît lui-même qu'il est parfois difficile d'apprécier si un requérant justifie ou non d'un intérêt suffisant. « Dans chaque cas particulier, dit-il, on s'en rapportera à la saine appréciation et au tact du conservateur du Registre. Aucune règle générale ne saurait être établie. » Cette impossibilité d'établir une règle précise aboutit à donner au conservateur un pouvoir arbitraire. En cas de doute, et pour

(1) C.C.S., art. 969 : « Le conservateur est tenu de communiquer aux intéressés les opérations auxquelles ils procèdent sans qu'ils aient été prévenus. »

« Les délais pour attaquer ces opérations courent dès que les intéressés ont été avisés. »
(2) C.C.S., art. 970 : « Le Registre foncier est public. »

« Quiconque justifie d'un intérêt a le droit de se faire communiquer en présence d'un notionnaire du bureau les feuillets spé-

ciaux qu'il désigne, avec les pièces justificatives, ou de s'en faire délivrer des extraits. »

« Nul ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas connu une inscription portée au registre foncier. »

(3) C.C.F., art. 2196. Loi du 23 mars 1855, art. 5.

(4) Loi autrichienne de 1871, § 7.

(5) Ancien Droit prussien. Bâle-Ville — Soleure — Vaud.

(6) Wieland, art. 970, n° 1.

ne pas engager sa responsabilité, il s'abstiendra, et il en résultera pour l'affaire en cours des retards et des frais.

572. Il est certain que, avec une publicité limitée aux intéressés, aucune règle ne peut être fixée avec précision. D'autre part, si on limite la publicité à la personne inscrite, on supprime en grande partie l'utilité du Registre foncier, destiné précisément à augmenter le crédit immobilier, en faisant connaître aux tiers l'état juridique des immeubles. Le plus simple est de donner au Registre une publicité complète. Une légère taxe suffira à modérer l'ardeur des indiscrets n'ayant d'autre intérêt que la curiosité. Le Registre foncier doit être comme un plan, où chaque parcelle est visible telle qu'elle est juridiquement, de même que, sur le terrain, elle est visible telle qu'elle est physiquement.

Il n'y a à cela aucun inconvénient, sinon le désagrément pour un débiteur de voir connaître les hypothèques qui grèvent son fonds; c'est peu de chose auprès du danger qu'il y a à attribuer à un particulier un crédit qu'il n'a pas en réalité. Les abus, du reste, sont faciles à éviter; les lois sur la diffamation, les règles générales qui existent en tout pays en matière de faute et de responsabilité, et, bien qu'elle soit superflue ⁽¹⁾, la théorie de l'*abus du droit*, admise par les Codes suisse et allemand, suffiront largement pour éviter que la publicité complète du Registre ne soit dangereuse. La publicité complète des hypothèques, en France, n'a jamais eu d'inconvénient; dans la pratique, ce ne sont que des intéressés sérieux qui en demandent la liste. Avec les systèmes allemand et suisse, lors des pourparlers relatifs à un prêt, alors que ces pourparlers ne sont qu'à l'état d'ébauche, le prêteur éventuel aura grand'peine à obtenir communication du Registre, et risquera de se décourager.

M. Wieland admet qu'un intérêt scientifique suffit pour pouvoir consulter le Registre (statistique des propriétés foncières, des gages immobiliers, etc.); il admet que l'intérêt du requérant peut être établi par une simple déclaration verbale, si le conservateur la trouve suffisante. Pourquoi ne pas laisser la consultation libre, sous réserve de la responsabilité de droit commun du requérant?

573. L'article 970 C.C.S. déduit de la publicité du Registre cette règle que « nul ne peut se prévaloir de ce qu'il n'a pas « connu une inscription portée au Registre foncier ». Cette déduction n'est complètement logique que dans le système français de la publicité du Registre sans réserve.

(1) Cf. *suprà*, nos 51, 223, 225, 239, 290, 572.

SECTION IV. — Effets du Registre foncier.

574. L'article 971 C.C.S. ⁽¹⁾ donne au Registre foncier son caractère d'institution de Droit civil. Il résulte du texte que l'inscription n'est pas seulement une preuve, mais *une condition essentielle de l'existence des droits réels*. Ce n'est pas une règle de forme ou de procédure qui est posée, mais une règle de fond, un principe qui domine la théorie des droits réels. Jusqu'à ce que l'inscription ait été faite, il peut exister des rapports personnels entre les parties ; il ne peut pas, en principe, exister de rapports, ou, du moins, d'effets réels.

575. Cependant, nous l'avons déjà vu ⁽²⁾, il y a quelques cas, notamment le cas des successions, où le droit réel naît comme tel avant l'inscription. Dans la notion française, qui admet que, en cas de succession, la personne juridique reste la même, les droits réels sont transférés, même vis-à-vis des tiers, sans aucune formalité ni transcription. En Suisse, au contraire, bien que l'héritier succède de plein droit, et que la propriété et les droits réels soient transférés, il faut cependant que le Registre foncier constate le changement de propriétaire. Pour obtenir que les héritiers fassent inscrire la mutation, afin que le Registre soit tenu au courant, le législateur suisse a paralysé le droit des héritiers entre leurs mains. Ils ne pourront opérer sur l'immeuble aucun acte juridique de disposition avant l'inscription. Mais, avant l'inscription, l'héritier est bien propriétaire, il peut exploiter l'immeuble, et même, il peut prendre au sujet de l'immeuble des engagements de nature personnelle, sauf les baux qui doivent figurer au Registre ; il peut consentir, par exemple, une vente, en tant que ce contrat n'engendre que des obligations personnelles ⁽³⁾.

576. Il faut approuver cette exigence de la loi suisse. Sans doute elle impose aux héritiers une formalité, mais c'est un bien faible inconvénient. à côté de l'avantage qu'il y a à n'avoir sur le Registre foncier que des propriétaires vivants, et à obliger chacun à mettre en règle sa situation immobilière à chaque mutation par décès, au lieu d'avoir besoin, pour tout acte juridique de rechercher et mettre en ordre les titres prouvant la filiation, la qualité d'héritier testamentaire, etc. Les héritiers peuvent, du reste, attendre le partage, et faire inscrire séparément au nom de chacun les divers immeubles de la succession ; ils ne sont pas tenus

(1) C.C.S., art. 971 : « Tout droit dont la constitution est légalement subordonnée à une inscription au registre foncier n'existe comme droit réel que si cette inscription a lieu ^(a) ».

L'étendue d'un droit peut être précisée, dans les limites de l'inscription, par les piè-

ces justificatives ou de toute autre manière.... »

(a) Texte allemand (trad. Wieland et Bo-vay) « que si cette inscription est visible à l'inspection du Registre foncier ».

(2) *Suprà*, n° 124 et ss.

(3) *Suprà*, n° 326 et ss.

de commencer par les faire inscrire conjointement à leur nom, tant qu'ils sont copropriétaires. Telle est, du moins, notre opinion, car, si, en Suisse, le partage est translatif de droits ⁽¹⁾, et non déclaratif comme en France, il suffit d'inscrire au Registre le transfert résultant du partage; et même, il est nécessaire de l'inscrire pour opérer le transfert, car l'acquisition de la propriété par suite de partage ne figure pas dans les exceptions prévues par l'article 656 C.C.S., tandis que le transfert de la propriété sur la tête des cohéritiers a eu lieu sans inscription, aux termes de cet article 656. Au contraire, en cas de ventes successives, il nous paraît nécessaire d'inscrire toute la série; il ne suffirait pas d'inscrire la dernière, car l'inscription ne serait pas légitime, le dernier vendeur n'étant pas propriétaire, faute d'inscription.

577. Selon M. Wieland ⁽²⁾, dans le cas où le droit réel est né avant l'inscription, dans le cas de succession par exemple, le titulaire du droit, s'il ne peut pas faire d'acte de disposition, peut cependant exercer les actions réelles. L'article 971, tel qu'il est rédigé, permet cette interprétation, car précisément, ici, la constitution du droit réel de l'héritier n'est pas subordonnée à l'inscription.

578. Suivant le même auteur ⁽³⁾, même quand la constitution du droit est subordonnée à l'inscription, le titulaire du droit non inscrit peut cependant exercer les actions possessoires. Il peut même, s'il a été mis en possession, opposer au vendeur qui revendiquerait l'*exceptio rei venditae et traditae*. Cette opinion est exacte, en ce qui concerne les actions possessoires du droit suisse, d'après l'interprétation que nous avons donnée à l'article 937 C.C.S. ⁽⁴⁾ Mais, en ce qui concerne l'*exceptio rei venditae et traditae*, l'opinion de M. Wieland, déjà formulée par lui sous l'article 656, n° 9, nous paraît discutable. Si l'on admet ⁽⁵⁾ que l'inscription au Registre foncier joue, pour les immeubles, le rôle que joue la tradition pour les meubles, et que jouait à Rome, la *traditio* pour les immeubles et pour les meubles, il faut en conclure que la mise en possession n'est pas une *traditio*, puisque la volonté du législateur lui en a enlevé le caractère. Malgré la mise en possession, il y a bien eu vente, mais non tradition juridique. L'acquéreur, pour repousser l'action en revendication du vendeur, ne pourra donc pas user de l'*exceptio rei venditae et traditae*. M. Wieland ⁽⁶⁾ lui-même reconnaît que la volonté de transmettre la propriété doit exister, non seulement au moment de la vente, mais encore au mo-

(1) Rossel et Mentha, I, p. 714, 715.

(2) Wieland, art. 971, n° 2.

(3) Wieland, art. 971, n° 2. a.

(4) *Suprà*, n° 297.

(5) *Suprà*, n° 125 et ss., 331, 332. Rossel et Mentha, II, p. 88 et p. 357. *Infrà*, 1214.

(6) Wieland, art. 963, n° 2, et n° 2 d.

ment du *contrat réel*, ou *contrat de tradition* (1). Il y a donc un contrat de tradition, avant lequel il n'y a pas tradition (2).

Il va de soi que l'acquéreur pourra, en ce cas, demander au vendeur des dommages-intérêts C.O., art. 191. C'est l'effet de l'obligation du vendeur d'exécuter le contrat (3).

579. Certains effets, qui rappellent de fort près des effets réels, peuvent se produire sans inscription : un propriétaire, par un contrat *personnel*, accorde un droit de passage, avec clause de dommages-intérêts s'il contrevient au contrat. En pratique, la menace de dommages-intérêts lui fera respecter le droit de passage, bien que ce droit ne soit pas inscrit et n'existe pas comme droit réel.

580. L'article 972 (4), qui est une application des principes généraux du Droit suisse, fixe le moment de la naissance, le rang, et la date des droits réels; ce moment est celui de l'inscription au Grand-Livre. Cet article correspond dans une certaine mesure, à l'article 2134 C.C.F. Il faut noter que, parfois, l'inscription au Grand-Livre ne portera pas la date où elle aura été faite en réalité. En effet, le Journal mentionne le moment où une demande d'inscription ou de radiation aura été formulée. Il pourra arriver que, par suite d'un afflux de demandes par exemple, le conservateur soit dans l'impossibilité matérielle de faire immédiatement l'inscription au Grand-Livre. Il fera cette inscription le lendemain, le surlendemain, mais il lui donnera la date portée au Journal; c'est donc cette date qui est déterminante. Le projet II, dans son article 1010,

(1) Ce consentement peut, du reste, être suppléé par un jugement, C.C.S., art. 665. Cf. *suprà*, nos 147 et 148. Au cours des débats que nous supposons, l'acquéreur pourra faire opérer le transfert *judiciaire* de la propriété, à partir duquel le vendeur ne pourra plus continuer son action en revendication.

(2) Si le vendeur troublait l'acquéreur dans sa possession, celui-ci aurait le droit de faire cesser le trouble. L'action en revendication constitue-t-elle un trouble de droit, autorisant le possesseur à la faire cesser (art. 928) par l'action possessoire exceptionnelle de l'art. 937, al. 2 ? Nous ne le pensons pas. L'action possessoire, ici, exigera l'examen de la revendication, et touche au fond du droit, et non seulement à la possession « maîtrise de fait ». Cette action possessoire est donc précisément une de celles qui sont prévues par l'art. 937, al. 1 et n'appartient donc qu'à la personne inscrite. Voir *suprà*, n° 297.

(3) Il est vrai que « qui doit garantir ne peut évincer », mais, pour qu'il y ait éviction, il faut qu'il y ait eu transfert de propriété, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il ne peut y avoir ici que trouble à la posses-

sion. Tout ceci est assez confus; en général, le transfert judiciaire de la propriété prévu par l'art. 665 supprimera toute difficulté. Ce transfert judiciaire est une concession à la notion française du transfert par le seul consentement. On peut supposer une législation entièrement logique qui n'admettrait pas le transfert judiciaire, exigerait le consentement lors de l'inscription, et permettrait au vendeur, resté propriétaire, de revendiquer et d'évincer l'acquéreur, sauf dommages-intérêts naturellement.

(4) Art. 972: « Les droits réels naissent, prennent leur rang et reçoivent leur date par l'inscription dans le Grand livre.

« L'effet de l'inscription remonte à l'époque où elle a été faite dans le Journal, moyennant que les pièces justificatives prévues par la loi aient été jointes à la demande ou, en cas d'inscription provisoire, que la légitimation complémentaire ait eu lieu en temps utile.

« Dans les cantons où l'acte authentique est dressé par le conservateur au moyen d'une inscription dans le recueil des titres, celle-ci remplace l'inscription au Journal. »

portait : « Les droits réels naissent et prennent rang par l'enregistrement au Journal ». C'était donner au Journal une importance excessive ; le sens de l'article 972 est que l'inscription porte dans le Grand-Livre la date de la réquisition inscrite dans le Journal, mais que cette inscription au Grand-Livre est nécessaire pour que les effets de l'inscription se produisent à partir de cette date. De la sorte, les parties sont garanties contre toute prétention des tiers, puisque, par l'effet de l'enregistrement au Journal, elles sont sûres que l'inscription au Grand-Livre se fera, avec la date de cet enregistrement. Nous trouvons, en Droit français, une définition parallèle, dans l'article 2200 C.C.F., modifié par la loi du 5 janvier 1875, relatif au registre que le conservateur doit tenir, en matière de transcriptions, inscriptions, saisies, jugements et autres actes destinés à être transcrits, inscrits ou mentionnés.

581. Il existe ⁽¹⁾ une divergence entre les règles du Code suisse, contenues dans les articles 971 et 972, et celles du Code allemand, article 879. En Suisse, le rang des inscriptions est déterminé par la date à laquelle elles sont portées au Journal. Dans le Code allemand, c'est le *lieu* de l'inscription qui fixe leur rang. C'est ce que l'on appelle le *Lokusprinzip*. Cette terminologie savante signifie qu'il faut examiner si une inscription est portée au-dessus ou au-dessous d'une autre, sans avoir besoin d'examiner leurs dates ; celle de dessous, fût-elle antérieure, sera primée par l'autre. En Suisse, le fait ne peut guère se produire, puisque aux termes des art. 948 et 967, les inscriptions au Grand-Livre doivent suivre l'ordre des réquisitions portées au Journal, ordre qui est chronologique. Il est vrai que ⁽²⁾ les dispositions de l'art. 967 sont de simples mesures d'ordre ; si le Journal est tenu en désordre, les droits des parties ne sont pas atteints, pourvu que le Grand-Livre porte les véritables dates. Le système allemand, dans une matière où la forme est de première importance, a l'avantage de montrer au premier coup d'œil quels sont les droits ayant un rang préférable aux autres, ce qui évite toute difficulté et toute erreur.

582. Les inscriptions, prennent-elles rang du jour de la mention portée dans le Journal, sans tenir compte des divisions de temps plus courtes, ou faut-il en tenir compte ? La première solution serait conforme à la notion française, en matière hypothécaire ⁽³⁾. Mais, en matière de transcription, nous avons en France, un conflit de doctrine qu'il serait utile de trancher par une loi complétant celle du 23 mars 1855 ⁽⁴⁾ : faut-il

(1) Wieland, art. 972, n° 2.

(2) *Ibid.*

(3) C.C.F., art. 2134 et 2147.

(4) Voir Répertoire de Fuzier-Hermann, Carpentier et F. du Saint., sous Transcription, nos 493 et ss.

donner la priorité à l'acte porté le premier au Registre des transcriptions, ou à celui porté le premier au Registre des dépôts ? Et que faire, si les deux actes sont remis en même temps au conservateur ? La question est sérieuse ; il peut y avoir entre plusieurs intéressés une véritable course au premier arrivé.

Laissons cette question qui n'est pas tranchée, et examinons la solution suisse. Ici aussi, il y a un conflit : selon M. Wieland ⁽¹⁾, les droits inscrits le même jour viennent en concurrence. Cette interprétation de l'article 972 paraît à l'auteur conforme au texte de la loi. Cependant, si le texte parle de la date de l'inscription, ce qui s'entend de la période de 24 heures, il parle aussi de l'époque, ce qui est plus général. L'auteur ajoute que c'est « le hasard qui décide de l'inscription en premier ou en « second lieu de deux droits présentés à l'inscription à la même date. Il « faut admettre dans les cas de ce genre que le constituant veut mettre « l'un et l'autre droit sur le même pied ». Nous ne partageons pas l'opinion de M. Wieland. Le texte de l'article 972 ne donne pas de solution précise. Et il est inexact de dire que c'est le hasard qui décide de l'inscription en premier ou en second lieu de deux droits présentés à l'inscription à la même date. L'article 948 dit le contraire ; les réquisitions doivent être portées au Journal à mesure qu'elles sont faites, et non pas au hasard. Nous croyons donc, et cette interprétation est conforme à l'*Exposé des Motifs* ⁽²⁾, que la solution suisse est conforme à la solution allemande ⁽³⁾, et qu'il faut tenir compte du moment précis de l'inscription. La difficulté subsiste, du reste, lorsque deux actes sont présentés ensemble au conservateur, et aussi dans les cas où le conservateur a qualité pour dresser les actes authentiques ⁽⁴⁾, et où son recueil tient lieu de Journal. En ce dernier cas, il y aura un double Journal : le recueil des titres, pour les actes dressés par le conservateur, et le Journal ordinaire pour les actes dressés par un autre officier public. Si donc deux actes sont dressés, l'un par le conservateur, l'autre par un notaire, lequel aura la priorité, si l'acte notarié est inscrit au Journal le jour où le conservateur dresse son acte ? La loi ne paraît pas imposer au conservateur le devoir de mentionner l'instant précis d'une réquisition, de sorte qu'il pourra y avoir un conflit, que l'autorité cantonale peut résoudre en imposant aux officiers publics le devoir de noter l'instant précis des réquisitions et rédactions d'actes.

583. Au cas où la date n'est pas mentionnée dans l'inscription, ou encore dans le cas où la date mentionnée est inexacte, l'inscription n'est

(1) Wieland, art. 972, n° 2.

(2) *Exposé des Motifs*, p. 337 (741).

(3) C.C.A., art. 879.

(4) C.C.S., art. 972, al. 3. Cf. art. 948, al. 3.

pas nulle pour autant ⁽¹⁾. L'intéressé peut demander le rétablissement de la date exacte, au moyen d'une action en rectification.

Alors l'inscription rectifiée vaudra comme ayant force d'acte authentique. En Droit français, il n'en serait pas ainsi ⁽²⁾, car un acte authentique — et l'inscription suisse est un acte authentique — non daté, ou portant une fausse date, ne vaudra plus que comme acte sous seing privé, aux termes de l'article 1318 C.C.F.; il ne recevra de date opposable aux tiers que par l'enregistrement, ou quelque autre des circonstances prévues par l'article 1328.

584. M. Wieland ⁽³⁾, estimant avec raison qu'il ne faut pas exagérer le caractère formaliste du Registre foncier, et admettre sans motif impérieux la nullité des inscriptions, admet les solutions suivantes :

1^o L'ordre matériel des inscriptions non datées ou mal datées, permet de présumer que les premières en rang ont été faites avant celles qui suivent (arg. art. 948 et 967 C.C.S. — Cf. C.C.A., art. 879). L'auteur cite un exemple où le rang de deux droits est établi par une circonstance extrinsèque : un droit de passage non daté est suivi d'une inscription d'usufruit datée du 1^{er} janvier 1912, et un gage est inscrit sous la date du 3 octobre 1912; le droit de passage et celui d'usufruit figurent dans la même colonne, celui de gage dans une autre colonne. Le droit de passage et celui de gage ne se précèdent ni ne se suivent, puisqu'ils figurent dans des colonnes différentes. Cependant, la date de l'usufruit, qui suit le droit de passage, étant antérieure à celle du gage, le droit de passage primera le gage. C'est très raisonnable; il serait à désirer que la loi le dise expressément.

2^o En cas de divergence entre la date portée au Grand-Livre et celle portée au Journal, c'est cette dernière qui est déterminante. Il en est autrement en Droit allemand ⁽⁴⁾.

585. Nous verrons ⁽⁵⁾, à propos des droits de gage immobiliers, une exception à la règle générale : un droit de gage peut être constitué dans une case libre, et, quoique inscrit postérieurement, il pourra primer un droit inscrit antérieurement.

586. Lorsque la réquisition est mentionnée au Journal, l'aliénateur ou le constituant ne peut plus la retirer. La mention au Journal donne au bénéficiaire un droit irrévocable à l'inscription, même si le constituant ou l'aliénateur meurt ou devient incapable, ou tombe en faillite, ou encore dans le cas où l'immeuble est saisi ou mis sous séquestre.

(1) Wieland, art. 972, al. 3.

(2) Rép. Fuzier-Hermann, Carpentier, et F. du Saint. Acte authentique, n° 186.

(3) Wieland, art. 972, n° 3.

(4) Cf. Loi allemande sur les Livres fonciers, art. 45 et 46. Commentaires de Kober et Bierman, sur l'art. 879 C.C.A.

(5) *Infra*, n° 816 et ss.

587. Les articles 973 et 974 C.C.S. (1) sont très importants, car ils posent le principe de la foi publique due au Registre foncier.

Leur texte montre, dès l'abord, que le législateur suisse n'a pas entendu faire du Registre foncier une œuvre purement *forematils*, en donnant aux inscriptions une autorité absolue, à l'égard de tous. L'inscription n'est pas une solennité créant le contrat, ou créant à elle seule le transfert de propriété, comme à Rome où les solennités du contrat verbal ou du contrat littéral créaient ces contrats. Le Droit suisse a conservé le principe que la bonne foi est la règle primordiale dans les relations des parties, de telle sorte que les solennités ne sauraient suppléer d'une manière complète à la volonté des parties.

588. Il résulte de nos articles que les inscriptions sont censées *exactes et complètes* à l'égard des tiers-acquéreurs *de bonne foi*. Comme le fait observer M. Wieland (2), de même que le tiers-acquéreur d'un objet mobilier a le droit de croire propriétaire le possesseur qui aliène l'objet en sa faveur (3), de même l'acquéreur de bonne foi de droits immobiliers peut tenir pour véritable propriétaire le titulaire de l'inscription au Registre foncier. Il devient donc propriétaire, même si l'aliénateur était, en réalité, sans droit.

Dire que l'inscription est censée complète signifie que tout droit non révélé par l'inscription est censé inexistant à l'égard des tiers de bonne foi.

589. Il y a mauvaise foi (4) quand la partie a connu l'inexactitude du Registre foncier, ou aurait pu la connaître, en apportant une attention suffisante. La mauvaise foi empêche la partie de devenir titulaire du droit, quand même le Registre foncier l'indique comme telle; elle l'empêche d'invoquer le silence du Registre foncier quand un droit connu d'elle y a été omis. Le véritable titulaire a contre elle une action pour faire constater son droit et rectifier l'inscription (C.C.S., art. 975). Un cas très pratique est cité par M. Wieland (5) : un héritier légal est inscrit au Registre, au lieu de l'héritier testamentaire. Un tiers, connaissant la situation, acquiert l'immeuble de l'héritier légal. L'héritier testamentaire a une action contre lui pour faire rétablir l'inscription à son nom.

(1) C.C.S., art. 973 : « Celui qui acquiert la propriété ou d'autres droits réels en se fondant de bonne foi sur une inscription du Registre foncier, est maintenu dans son acquisition. »

Art. 974 : « Lorsqu'un droit réel a été inscrit indûment, l'inscription ne peut être invoquée par les tiers qui en ont connu ou dû connaître les vices.

« L'inscription est faite indûment, lors-

qu'elle a été opérée sans droit ou en vertu d'un acte juridique annulable.

« Celui dont les droits ont été lésés peut invoquer directement contre les tiers de mauvaise foi l'irrégularité de l'inscription. »

(2) Wieland, art. 973 et 974, n° 1.

(3) Voir art. 933 C.C.S. Cf. art. 2279 C.C.F.

(4) Cf. Wieland, *ibid.*, n° 7.

(5) Wieland, *ibid.*

590. Le Code suisse a donc tenu à conserver dans les rapports des parties l'élément important de la bonne foi, *Ebenfalls* il se rapproche de la notion française, d'après laquelle les mentions portées aux registres de transcription et aux livres hypothécaires ne font pas échec aux droits des parties. Il s'en écarte cependant en ce que, en matière hypothécaire, en Droit français, même la bonne foi du tiers ne peut, en général, supprimer les droits du véritable titulaire du droit réel. En matière de transcription, le véritable propriétaire, en France, peut, en général, revendiquer même contre le tiers acquéreur de bonne foi. Notamment, en France, l'héritier testamentaire revendiquera avec succès contre le tiers-acquéreur qui tient ses droits de l'héritier légal, et cela sans qu'il y ait à examiner si ce tiers-acquéreur est de bonne ou de mauvaise foi, sauf cependant quand il pourra se prévaloir de la prescription décennale de l'article 2265 C.C.F. C'est surtout entre deux acquéreurs tenant leurs droits de la même partie que la date des transcriptions sera, en France, d'une importance essentielle; en ce cas, l'acquéreur qui a fait transcrire son titre le premier sera propriétaire, même s'il connaît l'existence d'une vente antérieure au profit d'un autre; ceci, bien entendu, sous réserve des règles en matière de fraude et de dol.

591. Quelque équitable que soit le principe qui a dicté les règles adoptées par le législateur suisse, il est permis de se demander s'il a été bien inspiré en diminuant ainsi l'autorité du Registre foncier. D'autres législations ont adopté le système de l'exactitude incontestable du Livre foncier. Elles ont admis que l'inscription donne une certitude absolue, indépendante de la question de bonne ou de mauvaise foi. De même qu'à Rome, dans l'ancien droit ⁽¹⁾, les parties étaient liées par l'accomplissement des solennités des contrats formels, de même ces législations donnent à l'inscription comme telle un caractère constitutif, translatif ou extinctif de droits. On dit alors que l'inscription a une *force probante formelle*. Il en était ainsi dans les législations de Hambourg, Brême et Mecklembourg ⁽²⁾. Le Code civil allemand qui, pourtant, donne à l'inscription une importance formelle plus grande que le Code suisse, a cependant adopté un principe analogue à celui qu'adopta ensuite le Code suisse ⁽³⁾. Il ne répute, lui aussi, l'inscription exacte qu'à l'égard de l'acquéreur de bonne foi.

592. Dans le système suisse et allemand, « la foi publique ne déploie

(1) Cf. Girard. *Droit romain*, 5^e éd., pp. 432-435.

(2) Voir Exner. *Das Publizitätsprinzip*. 1870. — Gierke, p. 313, note 35.

(3) Voir C.C.A., art. 892, 893.

« pas ses effets à l'égard des personnes immédiatement participantes à l'inscription » (1), vendeur et acquéreur, créancier gagiste et constituant, etc. Il faut donc, pour une acquisition valable de droits réels :

1° un titre juridique valable, formant la base de l'inscription (2).

2° l'existence du droit chez l'aliénateur *ou*, chez l'acquéreur, la bonne foi, c'est-à-dire la croyance à l'existence du droit chez l'aliénateur, et, par suite, à l'exactitude de l'inscription. Cette bonne foi ne porte, du reste, que sur l'exactitude de l'inscription, et non sur la validité du titre. Ainsi, l'acquisition faite par un acte rédigé par un notaire incompétent *ratione loci*, même quand le vice n'est pas connu de l'acheteur, ne sera pas valable; de même, celui qui acquiert d'un incapable, même quand il est de bonne foi, ne devient pas propriétaire. Ceci est normal, l'inscription ne renseigne pas sur la capacité du notaire ou des parties.

593. Il en est de même pour les radiations. Une partie qui aura obtenu une radiation injustifiée ne peut s'en prévaloir. L'autre partie, le créancier gagiste, par exemple, aura l'action en rectification qui lui permettra d'obtenir la restitution de l'inscription. C'est toujours le principe que la « foi publique ne » déploie pas ses effets entre les personnes immédiatement participantes à l'inscription. Mais, à l'égard d'un tiers de bonne foi, la radiation sera définitive.

594. L'article 974 développe le principe. Même les tiers ne peuvent invoquer l'inscription, quand ils ont dû en connaître les vices. Ainsi, d'une part, la « foi publique » ne déploie pas ses effets entre les personnes immédiatement participantes à l'inscription, et, d'autre part, les tiers ne peuvent se prévaloir de l'inscription, quand ils ne sont pas de bonne foi. Ces deux règles limitent singulièrement la portée du « principe absolu de l'inscription ».

595. A première vue, cet article 974 n'a pas d'autre portée que de déclarer que l'inscription faite indûment ne peut profiter aux tiers qui ont dû en connaître les vices. Mais l'alinéa 2 donne, en outre, une définition importante de l'inscription faite indûment : l'inscription est faite indûment lorsqu'elle a été opérée sans droit, ou en vertu d'un acte juridique non obligatoire. Le premier cas peut se présenter assez fréquemment dans la pratique, lorsque l'héritier légal aura été inscrit à la place de l'héritier testamentaire, ce qui peut arriver facilement, le Code suisse ayant admis le testament olographe (3). Sans doute (4), les cantons pourvoiront

(1) Cf. Wieland, art. 973, 974, n° 4.

(2) En Allemagne, le consentement à l'inscription vaut titre. Cf. C.C.A., art. 873 et 925.

Voir sur ces divers points : De Jhering,

Erreur sur la *causa traditionis*, *œuvres choisies*, trad. de Meulenaere, I, pp. 257 et ss.

(3) C.C.S., art. 498 et 506.

(4) C.C.S., art. 505.

à ce que l'acte, ouvert ou clos, puisse être remis à une autorité chargée d'en recevoir le dépôt, mais ⁽¹⁾ ce dépôt ne constitue qu'une mesure d'ordre, et ne peut être imposé comme condition de validité. Il arrivera donc, en Suisse comme en France, qu'un testateur méfiant ou original rédigera un testament olographe que l'on ne trouvera que longtemps après son décès. Il y a antinomie entre les principes formalistes qui dominent le Registre foncier et la grande simplicité des formes testamentaires. Le résultat sera, assez fréquemment, que le Registre foncier indiquera un héritier légal, alors que le véritable propriétaire ⁽²⁾ sera un héritier testamentaire inconnu. Cette situation regrettable disparaîtrait si le Code suisse imposait le dépôt des testaments entre les mains d'un officier public, chargé de prévenir les intéressés lors du décès, et donnait pour sanction la nullité. A vrai dire, une telle loi irait à l'encontre de l'usage dans beaucoup de régions.

Quand cette erreur se produira, l'héritier testamentaire pourra demander la rectification de l'inscription, sauf à l'égard des tiers de bonne foi.

596. L'inscription est encore faite indûment, lorsqu'elle a été opérée sur la base d'un acte juridique non obligatoire. Par exemple, un acte de vente est rédigé sans la forme authentique, ou bien la vente est consentie par un incapable, ou par un mandataire révoqué, ou même, encore, l'acte est entaché d'une nullité relative, pour cause d'erreur, de dol, de contrainte. Dans ces divers cas, l'inscription peut être attaquée. En cas de nullité relative, il faudra préalablement faire constater judiciairement la cause de nullité. Par contre ⁽³⁾, si l'acte est, non pas nul, mais attaquant, par exemple par la voie de l'action paulienne ou révocatoire des articles 285 à 292 de la loi des Poursuites et Faillites ⁽⁴⁾, le droit réel, en ce cas, prendra naissance, et reposera régulièrement sur la tête de l'acquéreur de mauvaise foi, contre lequel il n'existera plus qu'une action personnelle en restitution ⁽⁵⁾.

597. Lorsque l'inscription est faite indûment, parce que le titre juridique est nul et non obligatoire comme émanant d'une personne inca-

(1) Cf. V. Rossel, Code civil suisse, Payot, éd., note sous les art. 504 et 505.

(2) Cf. C.C.S., art. 656, al. 2, art. 560, al. 1 et 3.

(3) Wieland, art. 973, 974, n° 3. a.

(4) Cf. art. 288 L.P. et 1167 C.C.F. — Art. 286 et 287 L.P. et art. 446 et 447. C. comm. français. Il est surprenant de voir l'action paulienne, en Suisse, figurer dans la Loi des poursuites et faillites, et non dans le Code civil

ou dans le Code des Obligations. Il est vrai que cette action compète aux créanciers, et que c'est dans la loi relative au mode d'exercice des droits des créanciers qu'elle peut figurer. Mais, si elle peut et doit y figurer au point de vue procédure, il nous semble que le principe devrait se trouver formulé dans le Code civil ou dans le Code des Obligations.

(5) Voir Jæger, Rem. 2 sur L.P., art. 291.

pable de disposer, mineur, mandataire révoqué, etc., le droit réel, en ce cas, ne naît pas, même si l'acquéreur ignorait le vice, car « la bonne foi » ne peut porter que sur l'exactitude de l'inscription au Registre (1) ».

598. La radiation sera, elle aussi, injustifiée, lorsqu'elle a lieu sans cause valable.

599. En somme, nous voyons que le Registre foncier, dans de nombreux cas, ne représentera pas le véritable état de la propriété. Il ne faut pas accuser le législateur d'imprévoyance; il n'a certainement pas eu d'illusion à cet égard, et n'a jamais cru, par l'institution du Registre foncier, supprimer tous les procès relatifs à la propriété. Il s'est trouvé en présence de deux voies, et en a choisi une troisième, entre les deux autres; le Droit français admettait, en matière de propriété, la preuve de droit commun, c'est le système de l'équité. Le Droit de certains Etats(2) admettait la preuve formelle, suffisante et nécessaire, par l'inscription dans les Livres fonciers; c'est la preuve formelle du Droit écrit. Le législateur suisse, comme le législateur allemand qui l'a inspiré, a admis le système de la preuve formelle tempérée par l'équité. Les trois systèmes ont leurs avantages et leurs inconvénients; en France, la preuve de la propriété est difficile, par contre les droits de tous sont sauvegardés, mais le crédit immobilier en est rendu moins sûr; avec la preuve formelle absolue, la preuve est simple, le crédit immobilier est solide, mais l'équité est parfois méconnue. Le système suisse et allemand ont les qualités et les défauts des deux autres. Il ne faut pas chercher la perfection; avec de bons juges, chaque système peut donner de bons résultats.

600. Toujours poussé par son souci de ne pas méconnaître les règles de l'équité, le législateur suisse n'a pas voulu que la « foi publique » fût due à toutes les énonciations du Registre. Les « inscriptions » seules, c'est-à-dire ce qui est relatif à des droits réels, ou à des droits soumis à annotation, bénéficient de la « foi publique ». Les indications de fait, comme celles relatives à la contenance (3), n'en bénéficient pas.

601. Certaines « annotations » ne sont pas au bénéfice de la « foi publique ». Ce sont celles des articles 960 et 961, qui concernent les restrictions du droit de disposer, et les inscriptions provisoires. Ces annotations, en effet, ne produisent qu'un *effet négatif*, en supprimant, au profit de leur titulaire, l'effet de la foi publique due aux inscriptions (4). Par exemple, les

(1) Wieland, art. 973, 974, n° 3. c. Il en est autrement en matière d'acquisition de biens meubles. Cf. C.C.S., art. 933, Wieland, *ibid.*, et Wieland, art. 714, n° 3. f.

(2) Cf. *suprà*, n° 591.

(3) Cf. Wieland, art. 973, 974, n° 4. Cependant pour la contenance, l'art. 668 C.C.S., attribue aux plans, en ce qui concerne les limites des propriétés, une présomption d'exactitude.

(4) Cf. Wieland, *ibid.*

créanciers saisissants ne peuvent pas invoquer leur annotation contre un tiers qui vient à revendiquer l'immeuble. De même, les annotations de droits personnels (préemption, réméré, bail) prévues par l'article 959 C.C.S., ne bénéficient pas de la foi publique, car ⁽¹⁾ « le seul effet de ces « annotations est d'assurer, vis-à-vis des tiers, un droit *personnel* contre « les actes juridiques du titulaire de l'inscription (propriétaire, etc.). « Lorsque, par exemple, l'immeuble, sur lequel est annoté un bail à loyer, « est revendiqué par un tiers, le preneur ne saurait, en se fondant sur le « principe de la foi publique, invoquer l'inscription du bailleur à titre de « propriétaire. »

602. Lorsque, par exemple par suite de la négligence du propriétaire, un droit réel n'a pas été inscrit, il n'en existe pas moins, mais il n'est pas opposable aux tiers qui, de bonne foi, s'en sont rapportés aux énonciations du Registre ⁽²⁾. L'article 44 du Titre final, qui formule cette règle, ajoute que la législation fédérale ou cantonale pourra, après sommation publique, et à partir d'une date déterminée, prévoir l'abolition complète des droits réels non inscrits. Il est probable qu'après un certain temps d'épreuve qui aura familiarisé le pays avec le Registre foncier, le législateur usera de la faculté qu'il s'était réservée, déclarant abolis les droits réels non inscrits, et donnant ainsi une plus grande autorité aux énonciations du Registre.

603. Le principe de la « foi publique » ne s'applique pas dans les cas où l'acquisition des droits réels a lieu indépendamment de l'inscription, cas prévus par l'article 656, alinéa 2. Ainsi, un héritier qui obtient, de bonne foi, le transfert à son nom d'un immeuble inscrit au nom du *de cujus*, n'en devient pas propriétaire, si celui-ci n'était pas propriétaire.

604. Mais, toutes les fois que, *par un acte juridique*, une personne acquiert de bonne foi des droits réels d'un titulaire inscrit au Registre, le principe s'applique; cette personne est au bénéfice de son inscription, et son droit devient incontestable. M. Wieland, très justement, dit que cette personne acquiert le droit réel *comme par un mode originaire* ⁽³⁾. Nous retrouvons ici le rapprochement intéressant, que nous avons déjà

(1) *Ibid.* Cf. Kober. C.C.A., art. 892, Rem. II, et art. 883, Rem. V, 3.

(2) Titre final, art. 44.

(3) Wieland, art. 973-974, n° 5. b.

Voir Lévy. *Sur l'idée de transmission de droits* (à propos de la preuve de la propriété immobilière), pp. 46 à 48, 88, 89 et 112. — Jhering, I, pp. 111 et ss. On verra, par ces deux derniers auteurs, combien est naturelle

cette idée de l'acquisition de la propriété *comme par un mode originaire*, de telle sorte que l'acquisition de la qualité de propriétaire même par un acquéreur *a non domino* s'explique aisément. Selon Jhering, la propriété a son origine dans la force; elle ne naît que de la capture du butin (*capere, manu capere, mancipatio*). M. Lévy démontre, du reste, que cette idée est au moins exagérée.

relevé ⁽¹⁾, des législations suisse et allemande d'une part, et du système Torrens, d'autre part; le système Torrens, en effet, part de cette idée, ou de cette fiction, que l'acquéreur tient ses droits directement de la Couronne. Il est intéressant de voir deux législations, formées aux antipodes, partant de principes absolument différents, ayant suivi une évolution historique différente, aboutir au même résultat, et cela parce que les besoins économiques sont les mêmes; il faut que la preuve de la propriété immobilière soit simple, et, pour que le crédit immobilier soit sûr, il faut que cette propriété soit incontestable.

605. L'acquisition par acte juridique, qui bénéficie de la « foi publique », peut être onéreuse (acheteur), ou gratuite (donataire, légataire ⁽²⁾). Selon M. Wieland ⁽³⁾, le principe de la « foi publique » bénéficie même au copartageant, en cas de copropriété ou de propriété commune liquidée par le partage. C'est logique, car contrairement au principe français des articles 883 et 1872 C.C.F., le partage, en Suisse, est translatif de droits. Un cohéritier ne sera donc pas au bénéfice de la foi publique, tant que les immeubles seront inscrits au nom de tous les cohéritiers, mais il en bénéficiera dès que, à la suite du partage, les immeubles de son lot seront inscrits à son nom. C'est assez étrange cependant, quoique logique. Supposons que l'auteur ne pût pas invoquer la « foi publique », parce qu'il était de mauvaise foi; l'héritier, qui est de bonne foi, ne peut pas l'invoquer non plus; mais, après le partage, il est considéré comme devenu un tiers, et bénéficie de la « foi publique ». L'adjudicataire sur licitation, lui aussi, bénéficie de la « foi publique », car le jugement d'adjudication est translatif de droits, contrairement à la notion française, même quand c'est un copropriétaire qui est déclaré adjudicataire.

606. La bonne foi, nécessaire pour que l'acquéreur soit au bénéfice de la « foi publique » est présumée ⁽⁴⁾. Il y a, du reste, mauvaise foi, non seulement lorsque l'acquéreur a connaissance de l'inexactitude d'une inscription, mais aussi lorsqu'il a omis les recherches qu'il devait raisonnablement faire ⁽⁵⁾. Pour savoir si l'acquéreur est ou non de bonne foi, il faut donc examiner une question de fait, consistant à rechercher s'il connaissait personnellement l'inexactitude de l'inscription, et une question, mêlée de droit et de fait, consistant à rechercher s'il

(1) *Suprà*, n° 440 et ss.

(2) L'héritier institué, en Suisse, ne porte pas le nom de *légataire* universel ou à titre universel. Le mot *legs* ne s'applique qu'aux legs particuliers. Voir C.C.S., art. 483-484. Cf. C.C.F., art. 1003, 1010, 1014, où le mot

legs s'applique soit aux institutions d'héritier, soit au legs particulier.

(3) Wieland, *ibid.*, n° 5. b.

(4) C.C.S., art. 3, al. 1. Cf. C.C.F., art. 2268.

(5) Cf. C.C.S., art. 3, al. 2. Cf. art. 974, al. 2.

devait, d'après les circonstances, savoir que l'inscription était inexacte.

C'est au sujet de l'inscription seulement qu'il y a lieu de rechercher s'il y a ou non bonne foi ⁽¹⁾. Le fait que l'acquéreur connaissait les engagements personnels du titulaire de l'inscription ne le constitue pas de mauvaise foi : l'acquéreur sait que l'aliénateur a déjà vendu l'immeuble à un tiers, ou a constitué un droit de gage non encore inscrit ; en ce cas, dès que son acquisition aura été portée au Registre foncier, il sera au bénéfice de la « foi publique ». Il ne faut pas oublier que, dans la notion suisse, la vente et la constitution de gage ne produisent d'effets réels qu'à partir de l'inscription.

De même que la bonne foi exigée, en France, pour la prescription décennale de l'article 2265, n'est exigée qu'au moment de l'acquisition (C.C.F., art. 2269), de même, en Suisse, il suffit, pour pouvoir invoquer le principe de la « foi publique », que la bonne foi ait existé au moment de l'inscription ⁽²⁾. La *mala fides superveniens* n'empêche pas l'acquisition.

607. Nous avons dit qu'il n'y a pas bonne foi quand l'acquéreur *a dû connaître* les vices de l'inscription. Mais, par exemple, si l'acte authentique d'acquisition du vendeur est nul pour vice de forme, l'acquéreur n'était pas tenu de le vérifier ; il pouvait légitimement se fier à la vérification que le conservateur était tenu de faire, aux termes de l'article 965 C.C.S.

608. M. Wieland ⁽³⁾, avec raison, estime que l'acquéreur est inattaquable, même s'il savait que l'auteur de son auteur n'était pas légitimement inscrit, pourvu que son auteur immédiat fût valablement devenu propriétaire ou titulaire du droit avant lui. C'est toujours une conséquence de ce que cet acquéreur a acquis ses droits comme par un mode originaire ⁽⁴⁾.

609. L'acquéreur n'est protégé par le principe de la « foi publique » que contre les erreurs occasionnées par les inscriptions au Registre foncier ⁽⁵⁾. Il ne peut invoquer son ignorance des divers rapports de droit et des éléments de fait qu'il était censé légalement connaître au moyen des autres registres publics (Registre de l'Etat-Civil, Registre des régimes matrimoniaux, Registre du Commerce). Il ne peut donc alléguer qu'il ignorait l'incapacité de l'aliénateur. Il semblerait, cependant, que la vérification du conservateur (C.C.S., art. 965) devrait le couvrir. La conséquence, si la règle est exacte, serait que l'acquéreur ne pourrait opposer

(1) Cf. Wieland, art. 973, 974, n° 7. b.

(2) Wieland, art. 973, 974, n° 7. Cf. C.C.S., art. 972.

(3) Cf. Wieland, art. 973-974, n° 7.

(4) Cf. *suprà*, n° 604.

(5) Wieland, *ibid.* n° 8.

son inscription à un tiers ayant acquis d'un mineur devenu majeur. Nous préférons une solution donnant plus d'autorité au Registre foncier, et qui, peut-être, est celle de M. Wieland, bien qu'il ne le dise pas clairement : le conservateur doit vérifier la légitimation du constituant : il doit examiner s'il est majeur ; s'il y a mariage, il doit examiner le régime matrimonial. Mais il n'est pas tenu de chercher les cas exceptionnels, par exemple il n'a pas à rechercher si l'aliénateur a été privé de l'exercice de ses droits civils. Tout cela est, du reste, assez compliqué ; on peut imaginer une législation autoritaire où l'inscription, vérifiée et contrôlée, serait complètement inattaquable, et où la question de bonne foi ne se poserait pas. Il est vrai que le crédit immobilier n'y gagnerait guère, car, dans le système suisse, le créancier gagiste de bonne foi sera toujours au bénéfice de son inscription, même si l'inscription de son auteur est attaquable.

610. En Droit français, une question analogue se pose, dans une matière du reste très différente de celle du Registre foncier, à propos de la bonne foi nécessaire pour la prescription décennale de l'article 2265 C.C.F. Il ne s'agit pas de prescription contre un incapable, mineur, femme mariée, etc. ; pour ces divers cas, il faut appliquer, soit les règles concernant la suspension de la prescription (art. 2252 et ss., C.C.F.), soit celles de la nullité des actes faits par les incapables (art. 1304 C.C.F.). Il s'agit du cas où un incapable, mineur ou autre, a vendu un bien ne lui appartenant pas. L'acquéreur peut-il prescrire par dix ans, en invoquant sa bonne foi ? D'après l'opinion commune ⁽¹⁾, l'acquéreur peut prescrire en invoquant sa bonne foi, sans avoir à vérifier la capacité de son auteur au moyen des Registres de l'Etat-civil.

SECTION V. — Conséquences du principe de la « foi publique ».

611. « L'acquéreur de bonne foi acquiert le droit réel tel qu'il apparaît « à l'inspection du Registre foncier, libre de toute charge qui n'y serait « pas inscrite ⁽²⁾. » Cette règle montre, d'une part l'effet positif du principe de la « foi publique », et d'autre part, son effet négatif. Les droits soumis à inscription, mais non encore inscrits, ne sont pas opposables à un tiers-acquéreur de bonne foi ; l'acquéreur, même de bonne foi, doit subir les droits qui, au moment où il a fait une acquisition, étaient portés au Journal, quoique non inscrits au Grand-Livre ⁽³⁾, car il doit s'informer, non seulement des inscriptions au Grand-Livre, mais aussi des réquisitions.

(1) Dalloz. *Code civil annoté*, art. 2265, n^{os} 79 et ss.

(2) Wieland, art. 973, 974, n^o 9.

(3) Cf. C.C.S., art. 943, al. 1. et 972, al. 1.

612. En Droit français, la question de la bonne foi, chez l'acquéreur, que nous avons examinée ⁽¹⁾, au point de vue de la prescription de dix à vingt ans de l'article 2265 C.C.F., ne se pose pas en matière de transcription, dans des termes qui puissent permettre un rapprochement précis entre la législation française et la législation suisse. D'après la législation française, entre deux acquéreurs, il faut préférer celui qui a fait transcrire son titre le premier, même si son titre est postérieur en date ⁽²⁾. En serait-il de même si l'acquéreur connaissait l'existence de la première vente ? Nous avons vu ⁽³⁾ qu'en Droit suisse, il faut répondre affirmativement, parce que la vente, jusqu'à l'inscription au Registre foncier, ne crée que des rapports personnels entre les parties, et ne transfère pas la propriété ; le vendeur sera soumis à une action en dommages-intérêts de la part de l'acquéreur non inscrit, mais l'acquéreur inscrit n'en sera pas moins définitivement propriétaire. En France, en matière de transcription, la réponse est analogue, étant donnés les termes précis de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855. Celui qui a fait transcrire son titre le premier, même s'il connaissait l'existence d'une précédente vente, devient propriétaire ⁽⁴⁾. Il est vrai que, parfois, les règles relatives au dol et à la fraude, pourront permettre de faire annuler son acte. En Droit suisse, également, les règles relatives au dol et à la fraude avec complicité des tiers ⁽⁵⁾, pourront permettre d'annuler l'acte, et de faire déclarer, en conséquence, l'inscription illégitime.

613. Naturellement, en Droit suisse, les droits qui ne sont pas susceptibles d'être inscrits seront opposables à l'acquéreur, même s'il en ignorait l'existence. Comme exemple, nous pouvons citer les usufruits légaux des articles 292 et 201 C.C.S., résultant de la puissance paternelle et du régime matrimonial. Le législateur a estimé que leur inscription entraînerait trop de complications, et que la connaissance de l'Etat-civil et de la loi permettrait à l'acquéreur d'être suffisamment informé.

614. Celui qui a exécuté, de bonne foi, envers le titulaire d'une inscription, certaines prestations, telles que des charges foncières, auxquelles il était tenu d'après cette inscription, est libéré, même si la personne inscrite l'était induement. Le même principe se trouve expressément formulé dans le Code allemand, article 893.

(1) *Suprà*, n° 590.

(2) L. française du 23 mars 1855, art. 3.

(3) *Suprà*, n° 590.

(4) Cf. Rép. Fuzier-Hermann et Carpentier, transcription 490 et ss. mais sauf le cas de concert frauduleux (cass. 29 févr. 1904. S. 04. 1. 216). La notion de fraude, élastique

comme celle de responsabilité et d'abus du droit, est utile individuellement ; au point de vue social et du crédit immobilier, mieux vaudrait déclarer l'acte le premier transcrit « incontestable », sauf dommages-intérêts.

(5) L. des Poursuites et Faillites, art. 283 289.

615. L'inconvénient du principe de la « foi publique » est que le véritable titulaire d'un droit risque de le perdre parfois sans aucune négligence de sa part. Citons toujours le cas d'un héritier testamentaire qui est dépouillé de ses droits quand l'héritier légal, inscrit à un moment où le testament était inconnu, aura disposé du droit au profit d'un tiers de bonne foi. La vérification du conservateur ne pourra pas toujours éviter ce danger. Sans doute, le propriétaire, ainsi dépouillé, aura une action contre celui qui se sera ainsi enrichi à son préjudice, mais celui-ci peut être devenu insolvable. Avec le système français de la preuve de la propriété, de sa conservation, et de la transcription qui ne peut nuire au véritable titulaire du droit, sauf le cas de la prescription de dix à vingt ans, ce danger n'existera pas.

Par contre le Registre foncier donne une base extrêmement solide au crédit immobilier. Un prêteur sur gage immobilier peut se fier absolument aux énonciations du Registre.

SECTION VI. — Radiation, modification, rectification des inscriptions.

§ 1. *Inscriptions contradictoires.*

616. Supposons qu'un immeuble ait été porté par erreur sur deux feuillets, soit au moment de l'établissement du Registre foncier, soit par suite d'une erreur postérieure. Cet immeuble est acquis par deux personnes différentes, de bonne foi toutes deux, et immatriculé séparément au nom de chacune d'elles. L'opinion dominante est qu'en ce cas les deux inscriptions s'excluent, d'où il résulte qu'aucun des acquéreurs n'établit sa propriété (1).

617. En Droit français, en matière de transcription, la question ne se poserait pas, puisque l'acte le premier transcrit l'emporte, tandis qu'en Droit suisse, il ne faut pas oublier que chaque acquéreur a un droit *originaire*, comme dans le système Torrens.

§ 2. *Modifications et radiations.*

618. L'article 975 C.C.S. (2) prévoit que, dans certains cas, le Regis-

(1) Wieland, art. 974, al. 14. Cf. à propos des art. 892 et 893 C.C.A. : Kober, art. 892. Rem. 1. a. — Planck, art. 893. Rem. 4.

(2) C.C.S., art. 975 : « Celui dont les droits réels ont été lésés par une inscription faite ou par des inscriptions modifiées ou radiées

sans cause légitime, peut en exiger la radiation ou la modification.

« Demeurent réservés les droits acquis aux tiers de bonne foi par l'inscription, ainsi que tous dommages-intérêts. »

tre foncier pourra être modifié, les inscriptions pourront même parfois être radiées.

619. Puisque l'inscription n'est pas, à elle seule, génératrice ou translatrice de droits réels, et qu'il faut, en outre, qu'elle soit légitime, il peut arriver, et nous l'avons vu à maintes reprises, qu'elle ne représente pas la véritable situation de la propriété. En ce cas, le véritable propriétaire voit son droit paralysé entre ses mains, puisqu'il ne peut disposer que des droits inscrits à son nom. En outre, il risque d'être dépouillé définitivement par un tiers-acquéreur de bonne foi. A ce double point de vue, il a donc intérêt à obtenir le redressement du Registre foncier. Il l'obtiendra amiablement ou par voie judiciaire. Le Registre foncier sera remis au point soit par la radiation d'une inscription injustifiée, qui pourra être accompagnée d'une inscription nouvelle au nom du véritable titulaire, soit par la réinscription d'une inscription induement radiée, soit encore par la modification d'une inscription portant des indications erronées.

620. Pour pouvoir ainsi demander le redressement du Registre foncier, il faut avoir des droits réels, et il faut que ces droits réels soient lésés par les inexactitudes du Registre. Le texte de l'article 975 paraît exclure les titulaires de droits personnels; on peut remarquer la différence de rédaction de ce texte et de celui de l'article 3 de la loi française du 23 mars 1855 qui met sur le même pied tous ceux qui ont, sur un immeuble, des droits soumis à publicité, et qui ont conservé leurs droits en se conformant aux lois (1), tandis que l'article 975 C.C.S. semble établir une différence entre les titulaires de droits réels, et ceux de droits personnels, même soumis à publicité (2). Le locataire, le fermier, n'auraient donc pas l'action de l'article 975, ils n'auraient qu'une action personnelle contre leur bailleur. La situation serait simplifiée, si, avec Troplong (3), on accordait au fermier ou locataire un droit réel. Selon M. Wieland (4), le titulaire d'un droit personnel soumis à annotation (C.C.S., art. 959), tel qu'un fermier, un locataire, peut se prévaloir de l'article 975. Il devrait bien en être ainsi, si, comme il le dit, l'action basée sur l'article 975 tend à la *cessation d'un trouble*, car, en Suisse, cette action peut être exercée même par le fermier ou locataire (5). C'est fort logique; malheureusement le texte de l'article 975 dit tout le contraire, et réserve l'action à celui qui a des droits réels; peut-être est-ce une

(1) Notamment le locataire de plus de 18 ans qui n'a qu'un droit personnel sur l'immeuble, voir Planiol, I, n° 2617 et ss.

(2) Voir C.C.S., art. 959.

(3) Troplong, Louage, I, n° 5, II, n° 473. Cf. Planiol, II, nos 1703 et ss.

(4) Wieland, art. 975, n° 3.

(5) *Suprà*, n° 280. Cf. Wieland, art. 937, n° 3.

inadvertance du législateur; mais le législateur seul, et non l'interprète, peut corriger la loi.

Le titulaire d'un droit personnel n'est, du reste, pas désarmé. Il peut exercer une action personnelle tendant à des dommages-intérêts.

621. L'opinion de M. Wieland peut, cependant, être soutenue, mais à la condition d'admettre franchement que, une fois annotés, les baux et autres conventions visées par l'article 959, confèrent un droit réel. Cette opinion peut être étayée sur plusieurs textes, et sur l'interprétation des auteurs. Selon MM. Rossel et Mentha ⁽¹⁾, le bail, en principe, ne produit que des effets personnels; mais, une fois annoté, il revêt le caractère de contrat réel. Cette opinion se fonde sur les articles 260 et 282 du Code des Obligations. En effet, l'alinéa final de l'article 260 C.O. décide que l'annotation oblige l'acquéreur à laisser au preneur, en conformité du bail, la jouissance de l'immeuble loué. C'est bien un effet réel, puisque l'acquéreur doit ici laisser jouir le preneur, et non le faire jouir, comme ce serait le cas s'il était tenu d'une obligation personnelle. Il en était ainsi dans la loi vaudoise du 20 janvier 1882, et dans l'article 1512 du Code civil zurichois. Cependant l'article 959, alinéa 2 C.C.S. soulève une grave objection; il en résulterait que *les droits personnels* d'un preneur deviennent, par l'annotation, *opposables à tout droit postérieurement acquis sur l'immeuble*, d'où il serait permis de conclure que le droit du preneur ne change pas de nature. Malgré la différence de rédaction, la situation serait la même que celle qui, en Droit français, et d'après l'opinion dominante ⁽²⁾, résulte de l'article 1743 C.C.F. On admet, en France, que l'acquéreur est tenu d'entretenir le bail, en vertu d'une clause sous-entendue de son contrat; le bail continue donc à ne produire que des effets personnels. La loi du 23 mars 1855, qui soumet à la transcription les baux de plus de dix-huit ans ne change rien à la question; la même loi soumet à la transcription certaines cessions de loyers, et même de simples quittances; la nécessité de transcrire vient de ce que ces actes doivent être publiés, pour être opposables à des tiers; il n'en résulte nullement qu'ils confèrent des droits réels ⁽³⁾. Il faut cependant remarquer que la nouvelle édition du Code des Obligations est postérieure au Code civil suisse; c'est lui qui pose les principes en matière de bail, c'est d'après

(1) Voir Rossel et Mentha, III, p. 297 et 310.

(2) Voir la controverse dans Planiol, II, nos 1709, 1710. Rapport de M. Debelleyne D. 55. 4. 30, n° 27.

(3) Planiol, *ibid.*, n° 1710. Cf. rapport

de M. Debelleyne D. 55. 4. 30, n° 27. Cependant M. de la Grasserie (trad. Code allemand, art. 577, note) admet que le preneur a, pour les baux de 18 ans transcrits, un droit réel, et pour les autres un droit semi-réel.

lui qu'il faut les développer. Il est donc permis de penser, avec MM. Rossel et Mentha, que le bail annoté produit des effets réels. Quand donc les législateurs de tous pays se décideront-ils à admettre que le bail, conférant un droit, temporaire il est vrai, mais ressemblant de très près, par ses effets, au droit de propriété, produit des effets réels, en même temps qu'il donne au preneur la possession avec tous ses attributs ⁽¹⁾ ?

622. Le Code allemand ne tranche pas plus nettement que les autres la question. L'article 571 C.C.A. ⁽²⁾ déclare l'acquéreur subrogé quant aux droits et obligations résultant du bail ; c'est dire, comme le fait l'article 1743 C.C.F., que la vente ne rompt pas le bail. Il n'en résulte pas plus que de l'article 1743 C.C.F. que le preneur ait un droit réel ; l'idée de subrogation peut être considérée comme dérivant d'une interprétation de volonté. Par contre, l'article 577 C.C.A. permet au preneur d'empêcher un tiers, ayant acquis du bailleur des droits réels postérieurement à la livraison de la chose louée, d'exercer ces droits, lorsqu'ils diminuent la jouissance du preneur ; il semble bien ici que le preneur ait un droit réel ⁽³⁾.

623. L'action en rectification doit être intentée contre une personne à laquelle l'inscription indue confère ou paraît conférer des droits, par exemple contre celui au profit duquel une servitude a été inscrite induement, ou au profit duquel un droit de gage a été inscrit à une date inexacte, de telle manière que ce droit de gage, à cette date, nuirait au droit réel du demandeur. Cette condition, que l'inexactitude de l'inscription doit être de nature à nuire au droit du demandeur, est essentielle ; faute d'intérêt, un demandeur n'aurait pas d'action pour demander la rectification d'une inscription erronée ou indue, lorsque cette inscription ne lui nuit pas. L'action en rectification est un accessoire du droit réel auquel nuit l'inscription indue ; elle ne peut être cédée, transférée ou engagée indépendamment de ce droit. L'exemple suivant ⁽⁴⁾ est caractéristique : A a vendu un immeuble à B ; par erreur, le conservateur inscrit C comme acquéreur. B pourra bien se faire céder l'action en rectification, mais ce sera A et non B que l'on réinscrira ; bien entendu, B pourra aussitôt requérir l'inscription de la vente au Registre foncier.

624. L'action en rectification n'est pas atteinte par la prescription

(1) Cf. Planiol, II, n° 1711. Grandean. *La production agricole*.

(2) Lors de la discussion du Code allemand, une vive discussion s'était élevée sur le point de savoir s'il fallait décider : *Kauf bricht Miethé*, ou *Kauf bricht Miethé nicht*. La première solution eût été conforme à la notion romaine, d'après laquelle, du reste, le contrat personnel de bail subsiste, et l'expulsion

du preneur par l'acquéreur expose le vendeur à des dommages-intérêts. Cf. Girard *Droit romain*, 5^e éd., p. 574, et note 5, avec les renvois aux théories divergentes de De Jhering, Pernice, Meynial.

(3) Cf. de la Grasserie, *Code allemand*, art. 577, note 2.

(4) Wieland, art. 975, n° 9.

extinctive ou libératoire (1). Elle est atteinte, ou plutôt elle est paralysée par l'exception résultant de la prescription acquisitive de l'article 661. Rappelons que la prescription de l'article 662 ne s'applique qu'aux immeubles non immatriculés, ou dont le Registre ne révèle pas le propriétaire, ou dont le propriétaire est mort ou déclaré absent au début de la possession de trente ans.

§ 3. *Effets de la rectification.*

625. La rectification, une fois opérée, produit un effet déclaratif; elle rétroagit au moment où aurait pris naissance le droit dont on demandait l'inscription correcte, si cette inscription avait été faite correctement, ceci, naturellement, sous réserve des droits acquis de bonne foi par des tiers. Lorsque les droits ainsi acquis par des tiers lésent le titulaire de l'inscription rectifiée, celui-ci a, suivant les circonstances, une action en dommages-intérêts, prévue par l'alinéa 2 de l'article 975. Par exemple (2), l'héritier légal a été inscrit à tort, alors qu'il y avait un héritier testamentaire. Il a vendu à un tiers de bonne foi. L'héritier testamentaire, après rectification, a contre lui une action fondée sur l'enrichissement, et à concurrence de cet enrichissement (art. 64 C.O.). S'il y a eu dol ou faute, l'action tendra à la réparation intégrale du dommage par application de l'article 41 C.O., qui est le corrélatif en Droit suisse de l'article 1382 C.C.F. Si c'est une erreur ou une faute du conservateur qui a nécessité la rectification, l'action en dommages pourra, en ce cas, être intentée contre le canton (C.C.S., art. 955, al. 1), sauf recours du canton contre le conservateur et autres fonctionnaires (C.C.S., art. 955, al. 2). Mais, même en ce cas, la partie lésée, bien qu'elle ait cette action contre le canton, peut, s'il lui plaît, agir directement contre la partie qui s'est enrichie induement (3). Il s'agit, en effet, dans tous ces cas, puisque la situation matérielle est devenue définitive, et le dommage irréparable en nature, de rétablir l'équité sous forme de dommages-intérêts, ce qui sera du reste impossible quand l'action ne pourra atteindre qu'un insolvable.

626. Dans certains cas, la demande en rectification peut être unilatérale. Le fait se produit, lorsque la naissance ou l'extinction d'un droit réel se produirait indépendamment de l'inscription ou de la radiation, par exemple en cas d'acquisition de la propriété par succession, occupa-

(1) Cf. *Exposé des motifs*, p. 339 (743).

(2) Wieland, art. 975, n° 13.

(3) *Ibid.*

tion, expropriation, exécution forcée, jugement (C.C.S., art. 656, al. 2). Dans ces divers cas, l'article 665, alinéa 2 autorise l'acquéreur à réclamer l'inscription de son chef. Nous retrouverons, dans un instant, avec l'article 976 C.C.S. le cas où un droit réel est éteint avant toute radiation.

627. Lorsque le conservateur du Registre foncier refuse la rectification ou la radiation, la partie a contre lui une action, dite « de droit public ⁽¹⁾ ». L'action en rectification de droit public sera présentée par voie de plainte ⁽²⁾.

§ 4. *Radiation en cas d'extinction de droits réels.*

628. L'article 976 C.C.S. ⁽³⁾ prévoit le cas où un droit réel se trouve éteint, et où, dès lors, l'inscription a perdu toute valeur juridique par suite de cette extinction.

C'est encore, comme nous l'annoncions, un cas où la radiation peut être opérée par le conservateur, sur la demande unilatérale de la personne intéressée à la radiation, sans qu'il soit nécessaire qu'elle se munisse du consentement du bénéficiaire ou d'un jugement. On peut citer les cas suivants : extinction d'un usufruit par suite du décès de l'usufruitier ou par l'expiration du temps convenu (C.C.S., art. 748 et 749, al. 1), extinction d'une servitude par suite de la perte du fonds servant ou dominant (art. 734). Le cas le plus simple est celui de la mort de l'usufruitier ; en ce cas, le conservateur est autorisé à opérer la radiation sur la réquisition du nu-propriétaire, mais il doit aviser les successeurs de l'usufruitier (art. 969). L'avis aux intéressés, prévu par l'article 969 C.C.S. fait courir le délai de dix jours prévu par l'article 976, alinéa 2 pour recourir au juge contre la décision du conservateur.

629. Non seulement, dans ces divers cas, le conservateur peut opérer la radiation sans avoir à exiger autre chose que la réquisition de l'intéressé, mais il peut même (art. 976, al. 3) provoquer d'office une enquête et une décision judiciaires sur l'extinction du droit, et procéder ensuite à la radiation. C'est là, pour le conservateur, une faculté, et non une obligation (texte de l'art. 976, al. 3). Dans la pratique, il est probable qu'il usera rarement de cette faculté. Il a des responsabilités assez lourdes pour n'en pas chercher d'office d'autres qui ne lui sont pas imposées

(1) Cf. Gierke, p. 342.

(2) Cf. C.C.S., art. 956. Wieland, art. 975, n° 14. b.

(3) C.C.S., art. 976 : « Lorsqu'une inscription a perdu toute valeur juridique par suite de l'extinction d'un droit réel, le propriétaire grevé peut en requérir la radiation.

« Si le conservateur fait droit à la demande, tous intéressés peuvent, dans les dix jours, recourir au juge contre sa décision.

« Le conservateur est autorisé à provoquer d'office une enquête et une décision judiciaires sur l'extinction d'un droit et à radier ensuite conformément au prononcé du juge. »

impérativement. Il ne semble pas, en effet, que le conservateur puisse être considéré comme responsable pour n'avoir pas usé de la faculté qui lui était ainsi conférée. Il serait cependant désirable, pour la bonne tenue du Registre foncier, qu'une surveillance de la propriété soit instituée, et que les organes de surveillance soient chargés de veiller à ce que le Registre foncier soit tenu à jour, au moyen de rectifications et de radiations opérées d'office, dans les cas certains. Le Registre foncier y gagnerait en exactitude et en clarté, au lieu que, dans les régions de petite propriété et de population rurale, il pourra arriver que le Registre foncier ne sera remis au courant que dans le cas où il surviendra des événements qui rendront nécessaire cette mise au courant : ventes, partages, emprunts hypothécaires, etc. On pourrait imposer aux notaires, sous la menace de pénalités et de responsabilité, de signaler d'office au conservateur les actes de leur ministère intéressant le Registre foncier.

630. En France, au point de vue du registre des transcriptions et des livres hypothécaires, le pouvoir des magistrats et conservateurs d'agir d'office est très limité. Nous voyons l'article 2138 C.C.F. imposer au Procureur de la République l'obligation de requérir l'inscription de l'hypothèque légale des mineurs et des femmes mariées. Mais il n'y a pas de sanction, et, en fait, la loi n'est presque jamais appliquée ⁽¹⁾. Quant au conservateur des hypothèques, en principe il n'agit jamais d'office (C.C.F., art. 2148, 2153, 2157, 2158, 2159). Il y a cependant un cas où il fait d'office une inscription; c'est celui de l'article 2108 C.C.F., aux termes duquel il doit inscrire d'office sur les registres des hypothèques le privilège du vendeur. Cette inscription n'a, du reste, pas d'autre utilité que de rendre les recherches plus faciles ⁽²⁾, et son absence n'a pas pour effet d'empêcher le privilège du vendeur de déployer ses effets vis-à-vis des tiers. Son omission expose simplement le conservateur à des dommages-intérêts, lorsqu'elle aura causé une erreur préjudiciable aux droits des tiers.

631. Ainsi, il n'y a aucun rapprochement à faire entre les cas où le fonctionnaire suisse peut agir d'office, et ceux où peuvent le faire les fonctionnaires français.

632. Du reste, en Suisse, le conservateur ne procède pas d'office, à vrai dire, du moins en général. Son seul pouvoir consiste à provoquer d'office une décision judiciaire. Il n'a donc pas d'attribution judiciaire, comme les fonctionnaires du système Torrens ⁽³⁾.

(1) Cf. Planiol, II, n^{os} 2991, 2992.

(2) Cf. Planiol, II, n^o 3013.

(3) Voir *suprà*, n^o 453 et ss.

§ 5. *Procédure des rectifications.*

633. L'article 977 C.C.S. ⁽¹⁾ indique nettement que le conservateur n'agit pas par lui-même, sauf pour provoquer, en certain cas (C.C.S., art. 976) une décision judiciaire. Il n'agit que du consentement des parties, ou en vertu d'une décision judiciaire.

Tel est, du moins, le principe, mais il comporte quelques exceptions, dans le cas où il y a certitude complète qu'il doit être procédé à une rectification. Citons le cas où le droit de préemption est devenu sans objet parce que le bénéficiaire est devenu propriétaire ⁽²⁾.

En réalité, la question n'est pas très importante. En pratique, le conservateur, par crainte de sa responsabilité, ne fera ordinairement rien. Et si, prenant de l'initiative, il agit et fait d'office une rectification ou une radiation, il ne le fera qu'à coup sûr. Dans ces conditions, il ne courra aucun risque, parce qu'il a tenu le Registre d'accord avec la véritable situation, et personne ne pourra agir contre lui, faute d'intérêt.

634. Il y a un cas expressément prévu par la loi, c'est celui de l'article 665 C.C.S., al. 3 ⁽³⁾, qui ordonne au conservateur de porter d'office au Registre foncier les mutations résultant du régime matrimonial dès qu'elles ont été inscrites au Registre des régimes matrimoniaux, et publiées. Les termes de cet article 665, alinéa 3, paraissent impératifs; cependant, M. Wieland ⁽⁴⁾ paraît croire qu'en ce cas le conservateur est simplement *autorisé* à opérer la rectification d'office. Il semble plutôt résulter du texte de l'article 665, alinéa 3, que le conservateur, sous sa responsabilité et celle du canton, doit opérer d'office les rectifications résultant du Registre des régimes matrimoniaux et publics. La loi demanderait à être complétée sur ce point.

Un autre cas est prévu par l'article 977, alinéa 3; c'est celui de la rectification des simples erreurs d'écriture. Le détail de ces rectifications d'erreurs matérielles est réglé par l'article 98 de l'ordonnance du 22 février 1910 sur le Registre foncier. Il s'agit, ici, d'erreurs commises par mégarde. Lorsque l'erreur matérielle est découverte avant que les intéressés ou des tiers en aient eu connaissance, le conservateur procédera à la rectification sans autre formalité. Si les intéressés ou des tiers ont eu

(1) C.C.S., art. 977: « Si le consentement écrit des intéressés fait défaut, le conservateur ne peut procéder à aucune rectification sans une décision du juge.

« La rectification peut être remplacée par la radiation de l'inscription inexacte et une inscription nouvelle.

« Les simples erreurs d'écriture sont rectifiées d'office, en conformité d'une ordonnance du Conseil fédéral. »

(2) Wieland, art. 977, n° 1. *Contrà* Curti-Forrer, cité par Wieland, en note.

(3) Cf. C.C.S., art. 248 à 251.

(4) Wieland, art. 977, n° 1.

connaissance de l'inscription, le conservateur ne peut procéder à la rectification qu'avec leur consentement écrit. Naturellement un conservateur, ayant de l'initiative, ne devra pas hésiter même en ce cas, à rectifier d'office une erreur évidente, car il ne risque rien, personne ne pouvant agir avec succès contre lui, faute de droit ou faute d'intérêt.

635. La rectification des plans se fera par voie judiciaire ou administrative. Nous savons qu'aux termes de l'article 668 C.C.S., alinéa 2, s'il y a contradiction entre les limites portées sur le plan, et celles existant sur le terrain, c'est le plan qui est présumé exact. Ce sera donc à la partie qui le prétend inexact à en faire la preuve. Du reste, si les propriétaires contigus sont d'accord pour reconnaître que le plan est inexact, la rectification s'opérera sans peine, du consentement des intéressés.

636. Comme le fait observer M. Wieland ⁽¹⁾, la loi présente une lacune relativement à une question cependant importante, celle de la procédure à suivre en matière d'*inscriptions nulles*. Il s'agit ici, non pas d'une inscription nulle pour défaut de droit, par exemple l'inscription d'un usufruit après la mort de l'usufruitier, car, en ce cas, il y aurait lieu d'agir par voie de rectification. Il s'agit d'inscription ou d'annotation non prévues par la loi ou par les ordonnances. Par exemple, il n'y a pas lieu d'inscrire les restrictions légales au droit de propriété résultant des rapports de voisinages (C.C.S., art. 680 et 684). En ce cas, la radiation peut être opérée d'office. Le cas cité par M. Wieland paraît peu pratique : si une inscription a été faite, c'est que le conservateur a reçu une pièce indiquant les droits à inscrire. Il sera rare que les parties aient pris la peine de mentionner dans un contrat leurs rapports légaux de voisinage ; si elles l'ont fait, c'est qu'elles ont entendu y ajouter ou en retrancher quelque chose, et, en ce cas, il faudra inscrire. Un cas plus pratique est celui où l'inscription est relative à une obligation personnelle (autorisation personnelle de passage donné à une personne), qui aura été inscrite comme droit réel (droit réel de passage). En ce cas, en général, les termes de l'acte sont équivoques. Il y aura lieu de suivre la procédure de l'article 976, alinéa 3 ; le conservateur provoquera une enquête et une décision judiciaire qui ordonnera la radiation s'il y a lieu. En pareil cas, l'article 56 de la loi allemande du 24 mars 1897 sur les Livres fonciers prévoit qu'une opposition sera inscrite d'office ; et même, s'il est évident que l'inscription ne devait pas être faite, elle sera rayée d'office.

637. L'article 977 C.C.S., alinéa 2 prévoit qu'au lieu d'une rectifica-

(1) Wieland, art. 977, n° 4.

tion, il pourra être procédé à la radiation de l'inscription inexacte, et à une nouvelle inscription ⁽¹⁾. Il faut espérer que ce procédé sera employé couramment. A vrai dire il donne un peu plus de travail au conservateur, mais ainsi le Registre foncier sera beaucoup plus clair et plus facile à consulter.

SECTION VII.

Mesures transitoires. Passage du Droit ancien au Droit nouveau.

638. Le Titre final du Code civil, dans ses articles 38 et suivants, s'occupe des mesures transitoires destinées à mettre en train la nouvelle organisation du Registre foncier. L'article 38 prévoit une mensuration du sol, à laquelle il sera procédé par les soins du Conseil fédéral, après entente avec les cantons; la majeure partie des frais sera supportée par la Confédération. La mensuration du sol devra, en principe, précéder l'introduction du Registre foncier, sauf cependant dans les cantons où il existait déjà un état suffisamment exact des immeubles, ce qui, paraît-il, existait dans le canton d'Uri. Le Registre foncier pourra être introduit peu à peu dans les diverses parties d'un canton, au fur et à mesure de l'avancement de la mensuration.

639. Lors de l'introduction du Registre foncier, les droits réels antérieurement constitués devront être inscrits. Ils seront même inscrits d'office quand, auparavant, ils figuraient sur des registres légaux.

Les droits réels non inscrits n'en continuent pas moins d'exister, mais ils ne seront plus opposables aux tiers qui, de bonne foi, se seront fiés aux indications du Registre. Nous avons vu, en outre ⁽²⁾, que la législation fédérale ou cantonale peut prévoir, après un certain délai, l'abolition complète des droits réels non inscrits. Si, comme il est probable, car le législateur fédéral n'avait pas besoin de se réserver le pouvoir de légiférer s'il ne voulait pas en user, une pareille mesure vient à être prise, ce sera une cause légale d'extinction des droits réels; il en résultera que, pour les droits réels abolis, les inscriptions au Registre foncier auront été constitutives de droit; l'inscription d'une parcelle comme libre de servitude se trouvera avoir libéré cette parcelle, même à l'égard des parties qui auraient constitué la servitude, lorsque, par l'effet de la loi prévue, la servitude se trouve supprimée.

640. Ainsi que nous l'avons déjà vu, ⁽³⁾ les droits réels dont la cons-

(1) Cf. *infra*, n° 663.

(2) Titre final, art. 44.

(3) *suprà*, n° 486.

titution est abolie pour l'avenir par le Code civil (propriété séparée des étages d'une maison, arbres sur le fonds d'autrui ⁽¹⁾, antichrèse ⁽²⁾) ne seront pas inscrits, mais seulement mentionnés d'une manière suffisante. Quand ces droits viendront à s'éteindre pour une cause quelconque (étages d'une maison réunis dans une même main, destruction par incendie de la maison divisée par étages, etc.), ils ne pourront plus être rétablis.

641. Dans le but de rendre plus souple, et de rendre progressive l'introduction du Registre foncier, l'article 38, alinéa 2 du Titre final lui incorpore en quelque sorte les registres et les plans déjà existants. Ainsi, le travail déjà exécuté dans divers cantons ne sera pas perdu.

642. L'article 46 du Titre final va plus loin encore; il permet d'ajourner l'introduction du Registre foncier dans certains cantons, avec autorisation du Conseil fédéral. Mais il faut, pour cela, qu'il existe, dès auparavant, dans le canton, des formes de publicité qui seront complétées, s'il est nécessaire, par de nouvelles dispositions, de telle sorte que le résultat soit équivalent à celui qu'eût produit l'introduction du Registre foncier. Il en sera peut-être ainsi à Bâle-Ville, Soleure et dans le canton de Vaud, où existait, avant le Code civil, un Registre foncier presque identique à celui du Code civil, et à Fribourg, Neuchâtel, Genève, où les registres hypothécaires et cadastraux peuvent, avec quelques modifications et améliorations, produire les effets du Registre foncier du Code civil.

Il faut admettre, avec MM. Rossel et Mentha ⁽³⁾, que ces registres cessent d'être purement cantonaux, et, remplissant désormais les mêmes fonctions que le Registre fédéral, seront, comme celui-ci, soumis à la surveillance de l'autorité fédérale.

643. L'article 47 du Titre final pose cette règle que, même avant l'établissement du Registre foncier, les lois concernant les droits réels seront cependant appliqués, du moins d'une manière générale, c'est-à-dire dans la mesure du possible. En réalité, la plupart des lois concernant les droits réels supposent le fonctionnement du Registre foncier. Comme règles devant être appliquées même avant l'établissement du Registre foncier, on peut citer l'article 657 C.C.S. qui impose la forme authentique pour les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété, l'article 675 qui interdit la division des maisons par étages, l'article 682 qui donne au copropriétaire un droit de préemption légal contre tout tiers-acquéreur d'une quote-part de l'immeuble indivis, et bien d'autres encore.

(1) C.C.S., art. 675-678.

(2) C.C.S., art. 793.

(3) Rossel et Mentha, II, p. 420.

644. L'article 48 du Titre final prend des mesures d'organisation transitoires. Le législateur fédéral s'en rapporte à la sagesse des cantons pour le détail des mesures à prendre. En général, quand le législateur se débarrasse ainsi d'une tâche et l'impose à un autre, par exemple, quand le législateur français laisse à un règlement d'administration publique ou à la jurisprudence le soin de compléter une loi, c'est que le travail était difficile et que le législateur a préféré s'en décharger. Mais si, en principe, le procédé est critiquable, il faut reconnaître qu'ici le législateur fédéral ne pouvait pas faire autrement. Chaque canton avait déjà certains livres relatifs aux immeubles, et les mesures à prendre devaient nécessairement varier d'un canton à l'autre. Avec beaucoup de raison, MM. Rossel et Mentha ⁽¹⁾ critiquent la *faculté* donnée aux cantons de prescrire ou ne pas prescrire les mesures transitoires. Il est probable qu'en employant le mot facultatif « pourront », le législateur a commis une inadvertance, car il n'a pas pu vouloir donner aux cantons la possibilité d'entraver son œuvre en négligeant de préparer l'introduction du Registre foncier.

645. Si un canton ne prend aucune mesure à ce sujet, il faut admettre, selon MM. Rossel et Mentha ⁽²⁾, que les anciennes règles de Droit cantonal demeurent en vigueur pour la constitution, le transfert, les modifications et l'extinction des droits réels. Ils étendent ainsi à tous les droits réels la règle de l'article 23 du Titre final, qui est relative au gage immobilier. Ce n'est qu'un argument d'analogie, mais c'est aussi un argument de bon sens. Il faut espérer que la jurisprudence n'aura pas longtemps à s'occuper de la question, et que le Registre foncier sera promptement introduit dans tous les cantons.

646. Dans le but de pousser les cantons à diminuer la durée de la période transitoire, et pour éviter qu'ils ne soient disposés à suppléer à l'établissement du régime fédéral au moyen de mesures transitoires destinées à accommoder tant bien que mal les anciennes institutions au Droit nouveau, l'article 48 du Titre final, alinéa 3, refuse l'autorité de la « foi publique » à toute autre institution qu'au Registre foncier ou aux institutions qui en tiendront lieu et seront agréées par le Conseil fédéral ⁽³⁾. Un acquéreur de bonne foi *a non domino*, qui se sera fié aux recueils transitoires, ne peut opposer le principe de la foi publique au véritable propriétaire, lorsque celui-ci exercera contre lui l'action en revendication.

(1) Rossel et Mentha, II, p. 421.

(2) *Ibid.*, p. 421.

(3) Cf. C.C.S., art. 46. Titre final.

SECTION VIII.

Ordonnance du 22 février 1910 sur le Registre foncier.

§ 1. *Généralités.*

647. Cette ordonnance a été rendue par le Conseil fédéral, c'est-à-dire par le pouvoir exécutif de la Confédération, en vertu de la délégation législative résultant des articles 943, 945, 949, 953, 954, 956, 967, 977, et 18 du Titre final, du Code civil suisse. Elle a donc la valeur qu'ont en France les décrets rendus en forme de règlements d'administration publique.

Nous avons déjà rencontré, en étudiant le Code civil suisse, de nombreuses dispositions de l'ordonnance. Nous en retrouverons d'autres, en étudiant les sûretés réelles immobilières. L'ordonnance ne peut avoir pour effet de modifier une disposition de la loi; elle ne peut que fixer les détails d'application, dans la limite des pouvoirs que le législateur a délégués au Conseil fédéral.

Nous n'examinerons l'ordonnance que très sommairement, car la plupart de ses dispositions touchent à la procédure, et non au droit civil.

§ 2. *Immatriculation des immeubles.*

648. L'article premier ordonne l'immatriculation d'office des biens-fonds au Registre foncier de l'arrondissement dans lequel ils sont situés entièrement, ou pour la plus grande partie.

Il définit les biens-fonds : « toute surface de terrain ayant des limites déterminées de façon suffisante ».

L'article 5 fixe les détails d'exécution de la disposition de l'article 945 C.C.S., qui est à la base de l'institution du Registre foncier, savoir que chaque immeuble forme un feuillet distinct, sous réserve des cas où un feuillet collectif peut être établi pour plusieurs immeubles situés dans le même arrondissement et appartenant au même propriétaire ⁽¹⁾.

Les articles 7, 8 et 9 règlent les détails de l'immatriculation ou de l'inscription des droits distincts et permanents sur les immeubles, des servitudes, des concessions octroyées sur les eaux publiques, des mines ⁽²⁾.

§ 3. *Conditions de l'inscription.*

649. L'article 11 décide, comme nous le savions déjà ⁽³⁾, qu'en prin-

(1) C.C.S., art. 947. Voir *suprà*, n° 495.

(2) Voir C.C.S., Titre final, art. 56.

(3) Cf. *suprà*, n° 552.

cipe, et sauf exceptions prévues par le Code civil et par l'ordonnance, le conservateur ne peut opérer d'inscriptions que sur réquisition.

Aux termes de l'article 12, les réquisitions ne doivent être subordonnées à aucune réserve ou condition. Nous savons, en effet, qu'un droit réel conditionnel ne peut être inscrit ou rayé qu'après l'événement de la condition.

650. Les réquisitions, selon l'article 14, doivent être revêtues d'une mention indiquant leur réception, puis inscrites au Journal avec indication du moment où elles ont été présentées, et sous un numéro d'ordre (1).

651. Les articles 15, 16, 17 et 18 sont relatifs au devoir du conservateur de vérifier l'identité des requérants, ainsi que leur droit de présenter la réquisition, notamment quand la réquisition émane du représentant d'une société, d'une personne morale ou d'un incapable, ou d'un mandataire, ou d'une autorité judiciaire de poursuite ou de faillite, etc.

L'article 18 indique quelles sont les pièces à produire pour l'inscription de la propriété : en cas de convention, ce sera un acte authentique, en cas de demande émanant d'héritiers, ce sera un certificat correspondant à l'acte de notoriété français; s'il s'agit de légataires, ce sera la copie du testament prévue par l'article 558 C.C.S.

652. L'article 24 donne au conservateur le droit d'écarter la réquisition et de refuser l'inscription, quand la réquisition ne satisfait pas aux conditions imposées. En ce cas, il consigne au Journal les motifs du refus, et les communique par écrit au requérant avec indication du délai de recours à l'autorité cantonale de surveillance. Ce délai, fixé par l'article 103 de l'ordonnance, est de dix jours à partir de la communication. Un nouveau délai de dix jours, à dater de la notification de la décision de l'autorité cantonale de surveillance, est accordé au requérant pour se pourvoir en dernier ressort devant le Conseil fédéral.

653. Cette procédure est assez étrange. Le refus de procéder à une inscription est, sans doute, un acte administratif, mais cet acte entraîne de graves conséquences de Droit civil. Il faut penser que la procédure de la plainte est une procédure simplement administrative. Bien que les articles 102 et 103 disent que le Conseil fédéral statuera *en dernier ressort*, il est permis de se demander si la décision prise par une autorité administrative, et non judiciaire, aura vraiment force de chose jugée. Lorsqu'il s'agit d'attaquer une inscription déjà opérée, la voie de la plainte n'est pas ouverte, il faut alors intenter une action en rectification (2). Mais, lorsque le conservateur refuse de recevoir une inscription, l'autorité judi-

(1) Cf. *infrà*, n° 682.

(2) Wieland, art. 956, n° 2.

ciaire ne peut-elle pas l'y contraindre? Il est possible de tirer argument à ce sujet de l'article 665 C.C.S. ⁽¹⁾. D'autre part, l'article 956 C.C.S. considère la voie judiciaire comme exceptionnelle, et comme incompatible avec la voie administrative.

A supposer qu'un conflit s'élève, le Conseil fédéral refusant l'inscription, et l'autorité judiciaire l'imposant, qui réglera le conflit? Nous ignorons si le Tribunal fédéral a compétence pour trancher ces sortes de conflits. Il est permis de penser que le canton peut être responsable en cas de refus injustifié d'inscription, aux termes de l'article 955 C.C.S. Mais si le Conseil fédéral, compétent en dernier ressort, approuve la décision du conservateur et de l'autorité cantonale, il semble impossible de considérer le canton comme responsable, et il n'existe pour ce cas aucun texte analogue à l'article 955, déclarant la Confédération responsable.

La pratique et la jurisprudence régleront ces questions, traitées trop sommairement par le Code suisse.

§ 4. *Inscriptions.*

654. Les articles 25, 26, et 27 règlent la forme matérielle des inscriptions, avec des détails minutieux, du reste très heureusement conçus.

L'article 27 paraît fournir un argument contre l'opinion de M. Wieland ⁽²⁾ d'après laquelle les inscriptions du même jour n'ont pas, en principe, de préférence entre elles. Le texte, en effet, paraît leur donner au Grand-Livre un rang différent, non seulement d'après la volonté des parties, mais aussi d'après l'ordre dans lequel elles sont portées au Journal ou au recueil des titres. Le texte fixe, en outre, le rang d'après le moment exact où la réquisition a été faite.

655. Nous connaissons déjà la disposition de l'article 30, qui fait double emploi avec l'article 948, alinéa 3 C.C.S., et décide que, dans les cantons où le conservateur a qualité pour dresser des actes authentiques, les pièces justificatives peuvent être remplacées par le recueil des titres. Dans les petites localités, ce cumul de fonctions est très économique; il est regrettable qu'en France, dans les petits cantons, les fonctions de notaire et de greffier de paix ne soient pas exercées par le même titulaire, afin d'avoir un officier public rétribué convenablement, au lieu d'en avoir deux qui n'ont ni travail ni rétribution suffisants.

Les dispositions des articles 40 et suivants sont relatives aux droits

(1) Voir *suprà*, n° 147, 148, 578-626.

(2) Wieland, art. 972, al. 2. Cf. *suprà*, n° 582.

de gage immobilier, et celles des articles 53 et suivants sont relatives aux délivrances de cédules hypothécaires, de lettres de rente, et de titres hypothécaires.

§ 5. *Modifications et radiations. Cancellation des titres.*

656. Les articles 61 et suivants règlent les détails de ces questions. Ils visent à donner, autant que possible, dans tous les cantons, le même aspect au Registre foncier. Contrairement à ce qui se fait en France ⁽¹⁾, où la radiation, sur les livres hypothécaires, n'est qu'une mention mise en marge, indiquant que l'inscription n'existe plus, en Suisse la radiation s'opère matériellement, en biffant l'inscription à l'encre rouge, avec indication de la date et de la pièce justificative (art. 62). Les modifications (art. 65) s'opèrent de même, en biffant à l'encre rouge l'inscription, et en refaisant l'inscription modifiée avec indication de la date et référence à la pièce justificative. Ces dispositions sont excellentes, et rendront le Registre très clair. Peut-être, cependant, y a-t-il quelque danger dans l'emploi d'encre de couleur, qui, sauf erreur, sont rarement inaltérables.

Nous retrouverons plus loin la question de la cancellation des titres hypothécaires.

Les diverses modifications relatives au droit de gage doivent être mentionnées sur les titres.

§ 6. *Annotations, mentions, dispositions diverses.*

657. Nous ne pouvons que renvoyer au texte des articles 70 à 97, qui contiennent surtout des dispositions de détail et d'ordre matériel. Quelques-uns de ces textes, cependant, présentent un intérêt au point de vue du Droit civil.

Les annotations de droits personnels (bail, emption, préemption, réméré) doivent toujours énoncer les conditions dans lesquelles ils doivent être exercés (art. 71).

Les annotations de droits personnels doivent être radiées d'office lorsque le délai fixé dans l'annotation pour leur exercice est expiré. Les droits de préemption, d'emption et de réméré doivent être radiés d'office lorsque l'ayant-droit est devenu propriétaire de l'immeuble (art. 72).

Il semble bien que le Conseil fédéral ait un peu modifié la loi en ordonnant ces radiations d'office, qui ne se trouvent pas dans le Code. Mais il s'est laissé guider par l'utilité pratique et par le bon sens, et il a bien fait.

(1) Voir Planiol, II, n° 3058.

C'est peut-être demander beaucoup au conservateur que d'exiger une radiation *immédiate* de ces droits éteints; il serait possible cependant d'arriver à ce résultat au moyen d'un registre-agenda où le conservateur indiquerait la date des futures radiations. Plus simplement, il n'y a qu'à attendre le moment où une circonstance fera sortir un feuillet; le conservateur l'examinera et rayera d'office à ce moment-là les droits éteints.

658. L'article 74 organise un registre spécial des saisies, outre l'annotation prévue par l'article 960, n° 2 C.C.S. Cette publicité des saisies est indispensable; elle correspond à la transcription de la saisie et de l'exploit de dénonciation ordonnée par l'article 678 du Code français de Procédure civile.

659. Aux termes de l'article 76, les inscriptions provisoires (art. 961 C.C.S.) doivent être radiées d'office lorsque l'inscription définitive correspondante a été prise, ou lorsque le délai fixé par le conservateur ⁽¹⁾ ou par le juge pour requérir cette dernière s'est écoulé sans avoir été utilisé. Le texte ajoute que l'inscription définitive qui remplace l'inscription provisoire prend la date de l'annotation radiée.

660. L'article 78 s'occupe de la « mention » des accessoires dans une colonne spéciale ⁽²⁾. Les articles 79 et 80 s'occupent de la mention éventuelle de certains droits de passage légaux, et de certaines restrictions à la propriété fondées sur le droit public, dont la mention peut être prescrite par les cantons.

Nous ne nous arrêterons pas aux articles 83 et 84, que nous retrouverons à propos du gage immobilier, ni sur les articles 85 à 97 qui contiennent surtout des dispositions de forme pour le cas de division et réunion des immeubles.

§ 7. Rectifications.

661. Les articles 98 et suivants de l'ordonnance sont l'application détaillée des articles 975, 976 et 977 C.C.S. L'article 98, que nous avons déjà vu ⁽³⁾, est relatif aux rectifications que le conservateur est autorisé à faire immédiatement quand il constate une erreur, avant que les intéressés en aient eu connaissance.

662. L'article 99 ⁽⁴⁾ est rédigé en termes qui excèdent certainement

(1) Quel est ce délai que peut fixer le conservateur? Le Conseil fédéral n'a-t-il pas commis ici une erreur? Il faut, en tous cas, autoriser la radiation d'office à l'expiration du délai fixé par les intéressés eux-mêmes (C.C.S., art. 961).

(2) Cf. C.C.S., art. 644, 645, 805, 946.

(3) *Suprà*, n° 634.

(4) Ordonnance, art. 99: « Si la rectification ne touche pas à la consistance même du droit à inscrire, le conservateur peut en tout temps procéder de son chef à la rectification. »

ceux de l'article 977, alinéa 3, qu'il prétend appliquer. L'article 977 C.C.S., alinéa 3, parle de rectifications de simples erreurs d'écriture, et l'article 99 parle de rectifications ne touchant pas à la consistance même du droit à inscrire, ce qui est plus extensif. L'article 977 ne permet certainement pas au conservateur qui a la certitude absolue que la superficie donnée à un immeuble dans un acte est erronée, de rectifier le chiffre donné par l'acte. En pratique, il est peu à craindre que le conservateur s'écarte des termes de l'article 977, alinéa 3 C.C.S.

663. Les rectifications s'opèrent en radiant l'inscription et en procédant à une nouvelle inscription, et jamais par voie de rature, corrections, notes marginales ou intercalations ⁽¹⁾. Ce procédé est excellent, et donnera des livres bien tenus. En somme, l'ordonnance, sous la forme d'un ordre donné aux conservateurs, leur a imposé de toujours employer le procédé autorisé par l'article 977, alinéa 2 C.C.S. Même si l'on admet que le Conseil fédéral a légèrement excédé ses pouvoirs en supprimant le choix donné par l'article 977, alinéa 2, il a fort bien fait. On peut penser, du reste, que le Conseil fédéral n'a fait qu'user de son autorité administrative en imposant au conservateur l'obligation d'user de l'un des deux procédés admis par la loi.

§ 8. *Recours.*

664. Les articles 102, 103 et 104 s'occupent des recours administratifs contre les actes du conservateur ou des autorités cantonales de surveillance. Le délai de recours devant l'autorité cantonale de surveillance, lorsque le conservateur écarte une réquisition, est de dix jours. Un nouveau délai de dix jours est accordé pour recourir en dernier ressort au Conseil fédéral contre la décision de l'autorité de surveillance.

665. Lorsque le conservateur refuse la réquisition, au lieu de l'écarter après l'avoir reçue, l'article 103 accorde également un recours, sans aucune condition de délai. L'article 103 n'est pas conçu en termes limitatifs, le texte l'indique clairement. Donc, il existe un recours, sans délai, contre toute décision du conservateur; il n'y a de délai que dans le cas prévu par l'article 103, lorsque le conservateur *écarter* une réquisition d'inscription, d'annotation, de modification ou de radiation.

§ 9. *Extraits et registres.*

666. Les articles 105 à 110 s'occupent de la délivrance des extraits du Grand-Livre ou des pièces justificatives aux intéressés, ou des certi-

(1) Cf. *suprà*, n° 637.

ficats négatifs. L'article 106, après avoir décidé que le conservateur ne doit pas se dessaisir du Grand-Livre, ajoute que les pièces justificatives peuvent être remises aux autorités judiciaires contre récépissé, et moyennant le dépôt aux actes d'une copie légalisée. Cette procédure est plus simple que la procédure de compulsoire organisée par les articles 846 à 852 du Code de procédure civile français.

667. L'article 108 indique quels sont les livres accessoires que doit tenir le conservateur; ce sont :

- 1^o un registre des propriétaires;
- 2^o un registre des créanciers;
- 3^o un registre des saisies;
- 4^o un registre des rectifications;
- 5^o un registre de la correspondance.

Les cantons, ajoute le texte, ont la faculté, mais sous la sanction du Conseil fédéral, d'instituer un registre de toutes les personnes mentionnées au Registre foncier, ainsi que d'autres registres (registre des servitudes, des parcelles, etc.).

Le registre des propriétaires est tenu par ordre alphabétique, il constitue le Livre foncier des propriétaires, à côté du Livre foncier de la propriété, qui est à la base du système.

§ 10. *Bureaux du Registre foncier.*

668. Sous le titre trop général d'« organisation du Registre foncier », les articles 111 et 112 règlent les pouvoirs des cantons relativement à l'organisation des bureaux et à leur surveillance, en conformité de l'article 953 C.C.S. Ils prévoient la création d'un organe de surveillance, appelé bureau fédéral du Registre foncier, subordonné au Département fédéral de Justice et Police, qui correspond au Ministère français de la Justice, avec certaines attributions du Ministère de l'Intérieur.

§ 11. *Dispositions finales et transitoires.*

669. Les articles 113 à 117 de l'ordonnance prescrivent certaines mesures transitoires.

670. Aux termes de l'article 114, les droits réels abrogés, tels que la propriété distincte d'un étage, ou celle d'un arbre sur le fonds d'autrui, sont inscrits dans la colonne « mentions », mais les cantons, par leur loi d'introduction du Code civil, peuvent prescrire un autre mode d'inscription. Par exemple, le canton pourra prescrire que la propriété d'un étage

sera portée comme droit de propriété sur le sol pour l'un des ayants droit, et, pour l'autre, comme charge foncière prévue par l'article 781.

Il est permis de se demander, cependant, si ce procédé est licite. Le législateur fédéral, (Titre final, art 17, al. 3), décide expressément que les droits réels dont la constitution est prohibée pour l'avenir, continuent à exister et continuent à être régis par la loi ancienne. Le Conseil fédéral, et même le pouvoir législatif du canton sont liés par cette disposition. Le procédé indiqué est donc légitime quand, d'après l'ancienne loi, l'un des propriétaires avait la propriété du sol, et l'autre une charge foncière. Il ne peut pas être employé dans les cantons où le sol appartiendrait en commun aux propriétaires des étages ⁽¹⁾; si la législation de certains cantons est en ce sens, ils pourront ordonner l'inscription du sol au nom des copropriétaires, avec une mention relative aux étages.

671. Aux termes de l'article 117, l'ordonnance doit entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1912, à la même date que le Code civil. Elle aurait même pu entrer en vigueur avant cette date, en ce qui concerne les dispositions relatives aux parties du Code civil que le Conseil fédéral, en vertu des pouvoirs que lui a conférés l'article 61 du Titre final, auraient pu mettre en vigueur avant cette date. Le Conseil fédéral, du reste, n'a pas usé de cette faculté ⁽²⁾.

672. Il faut admettre, par référence à l'article 48 du Titre final, que l'ordonnance ne sortira ses pleins effets dans un canton déterminé qu'au moment où le Registre foncier y aura été introduit, ou qu'il y aura été suppléé par quelque autre institution en tenant lieu, autorisée par le Conseil fédéral (Titre final, art. 48, al. 3, et art. 46).

(1) Cf. Rép. Carpentier et Fuzier-Hermann. Copropriété, nos 84, 85. Cf. C. civ. du Valais, art. 503. — C. civ. de Vaud, art. 451.

(2) V. Rossel. *Code civil suisse*, note 3, sous l'art. 61, titre final.

TROISIÈME PARTIE

LES SURETÉS RÉELLES IMMOBILIÈRES

CHAPITRE IX GÉNÉRALITÉS

673. Nous n'avons pas à étudier en détail l'hypothèque, et des autres sûretés réelles immobilières. Nous n'avons qu'à comparer le régime suisse des sûretés réelles avec le régime français.

Le nouveau régime suisse des sûretés réelles immobilières est naturellement dominé par le système du Registre foncier. Si le Registre foncier a été institué pour faciliter la preuve du droit de propriété et des autres droits immobiliers, et pour faciliter les contrats relatifs aux immeubles, il est certain qu'en l'instituant, le législateur a pensé aussi à améliorer le crédit immobilier, en organisant un système de créances assorties de sûretés faciles à établir et solidement garanties, ainsi qu'en favorisant et facilitant la circulation de ces créances.

674. La sûreté réelle immobilière peut revêtir diverses formes. Même dans une législation moderne, il est possible d'imaginer une sûreté réelle sous forme de vente, entraînant le dessaisissement complet de l'immeuble, accompagnée d'une promesse de revente, ce qui rappellerait la vieille mancipation fiduciaire romaine ⁽¹⁾. On peut encore admettre un véritable gage immobilier, différent de l'antichrèse française, laquelle n'est, dans une opinion, qu'une mise en gage des revenus, avec dessaisissement de la possession de l'immeuble au profit du créancier. Ce gage immobilier pourrait être soumis à des règles analogues à celles qui régissent le gage mobilier, notamment la règle de l'article 2076 qui exige que l'objet remis en gage soit mis et reste en la possession du créancier ou d'un tiers convenu.

(1) Voir Girard. *Droit Romain*, 5^e éd., p. 767.

675. Mais, en pratique, dans les pays qui ont simplifié leur législation en la codifiant, les sûretés réelles immobilières revêtent des formes plus souples, plus simples, et peu nombreuses.

En France, les articles 2085 à 2091 C.C.F. régissent l'antichrèse qui, dit M. Planiol ⁽¹⁾, est une « mise en gage des revenus », et qui entraîne la dépossession de l'immeuble.

Elle est devenue très rare. Elle se rencontre encore quelquefois, paraît-il, aux environs de certaines grandes villes, où, soit directement, soit sous la forme de cession de loyers, de petits entrepreneurs empruntent à des banquiers pour avoir les fonds nécessaires à la construction de maisons dont ils engagent ainsi les revenus pour garantir la dette. A part l'antichrèse, ainsi presque complètement tombée en désuétude, il n'existe en France que l'hypothèque, si l'on admet avec M. Planiol ⁽²⁾, ce qui paraît bien exact, que les privilèges immobiliers, à part les privilèges généraux qui ne sont pas des droits réels ⁽³⁾, sont de véritables hypothèques ⁽⁴⁾.

676. Le Code civil suisse, dans son article 793, limite les sûretés réelles à trois types : hypothèque, cédule hypothécaire et lettre de rente. Toute autre forme est prohibée, décide le même texte. Il en faut conclure que toute autre forme : antichrèse, vente fiduciaire, contrat fiduciaire de réméré, sont abolis, et deviennent contraires à l'ordre public, tel que le régit le Code civil suisse.

677. Nous verrons quelle différence existe entre les trois types, admis par la loi suisse, de sûretés réelles immobilières. Pour le moment, nous remarquons simplement que le Droit suisse prohibe l'antichrèse, telle qu'elle est admise par le Droit français. Comme nous admettons, avec M. Planiol, que les privilèges généraux immobiliers ne sont pas des sûretés réelles, mais constituent un simple droit de priorité entre créanciers, et que les privilèges spéciaux immobiliers sont, en réalité, des hypothèques, nous aurons donc simplement à comparer l'hypothèque française, sous ses diverses formes, avec les trois formes de sûreté réelle immobilière suisse.

678. Chacun est libre de définir les termes qu'il emploie. Nous avons le droit de définir le mot « hypothèque » comme le fait l'article 2114 du Code civil français :

« L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. »

(1) Planiol, II, n° 2495.

(2) Planiol, II, 2547.

(3) *Ibid.*, n° 2548.

(4) *Ibid.*, n° 2886 et ss.

Dans cette définition rentrent les trois types de sûreté réelle suisse. En ce sens, nous n'aurions donc qu'à comparer l'hypothèque française, et l'hypothèque suisse, en prenant le mot hypothèque dans son sens français.

Nous aurons à nous référer fréquemment au Droit allemand, qui donne de l'hypothèque une définition se rapprochant de la définition française (1). En prenant le mot « hypothèque » dans ce sens, nous aurons donc à comparer les trois régimes hypothécaires. Ainsi que dans les deux premières parties de l'ouvrage, nous ne tenterons pas de faire une étude détaillée de chacun des points de droit des trois législations, en les critiquant et les comparant. Nous prendrons simplement un ouvrage de droit suisse, en général celui de M. Wieland sur les droits réels, et nous comparerons, quand il y aura intérêt, les institutions suisses aux institutions françaises, et, lorsqu'il nous paraîtra y avoir lieu, en raison de l'importance d'une question, et de la diversité des législations, nous examinerons aussi le Droit allemand.

CHAPITRE X

LE GAGE IMMOBILIER SUISSE

SECTION I. Observations préliminaires.

679. Le Code civil suisse (2) comprend sous le nom de *gage immobilier* toutes les sûretés réelles immobilières admises par lui : hypothèques, cédules hypothécaires et lettres de rente.

L'emploi de ce mot est critiquable, sans doute, et nous venons d'user de ce droit, chacun est libre de définir à son gré les termes qu'il emploie. Le législateur suisse est donc libre de donner au mot « gage » un sens général, comprenant aussi bien le nantissement immobilier que le nantissement mobilier. Il eût été cependant préférable de ne pas aller à l'encontre des définitions traditionnelles. Or, à la différence du *pignus* romain, qui pouvait porter sur les immeubles comme sur les meubles, le *gage*, dans la notion moderne (3), et d'après la définition qui en est donnée tradition-

(1) C.C.A., trad. Comité de lég. étrang. Imp. Nationale, art. 1113, al. 1 : « L'hypothèque est une charge, en raison de laquelle un immeuble est tenu, au profit de l'ayant droit, pour l'acquittement d'une créance lui

appartenant, du paiement d'une certaine somme. »

(2) C.C.S., intitulé du Titre XXII.

(3) Cf. Girard. *Droit Romain*, 5^e éd., p. 768 et la note. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Nantissement*, nos 13 et ss.

nellement dans la langue française, ne peut porter que sur une chose mobilière. Le législateur suisse a rédigé le Code civil en trois langues, française, allemande, italienne. Dans l'édition française, qui est une édition originale, et non une traduction ⁽¹⁾, il eût été bon que le mot de gage ne fût pas employé dans un sens différent de celui que lui donne la langue française juridique traditionnelle. Or, s'il est vrai qu'aux IX^{me} et X^{me} siècles, l'*impignoratio*, comme le *pignus* romain, pouvait porter aussi bien sur les immeubles que sur les meubles, il faut rappeler qu'à partir du XIII^{me} siècle, elle fit place peu à peu à l'*obligatio bonorum* qui, à partir du XVI^{me} siècle devint peu à peu l'hypothèque. Et, au XVII^{me} siècle, l'hypothèque mobilière avait disparu, au moins dans les coutumes de Paris et Orléans ⁽²⁾. Dans le Code civil français, l'hypothèque ne peut porter que sur les immeubles (C.C.F., art. 2118), et le mot de « gage » est strictement réservé au nantissement des choses mobilières (C.C.F., art. 2072). Le texte ajoute que le nantissement d'une chose immobilière s'appelle antichrèse, ce qui n'est pas absolument exact, si vraiment, comme le dit M. Planiol ⁽³⁾, l'antichrèse n'est qu'une mise en gage des revenus.

En Suisse, en Suisse romande tout au moins, c'est-à-dire en Suisse de langue française, le mot de gage avait le même sens que dans le Code civil français ⁽⁴⁾.

Dès lors, il est bien certain que, dans la langue française juridique, aussi bien en Suisse romande qu'en France, le mot de gage était réservé au nantissement des choses mobilières. Il est donc regrettable que le Code civil suisse ait, contrairement à l'usage, donné le nom de gage à des sûretés réelles immobilières.

680. Le Code civil allemand, dans un premier projet ⁽⁵⁾, avait failli faire la même confusion, et comprenait sous le nom de « gage et dette foncière » le gage mobilier et le gage immobilier. Selon la terminologie qui a prévalu, un mot spécial (gage : *Pfandrecht*) est réservé au nantissement mobilier, et le mot d'hypothèque est réservé aux immeubles.

681. S'il n'y avait, au sujet de l'intitulé du Titre XXII du Code civil suisse, que cette critique à formuler, elle ne serait pas bien grave. Elle disparaîtrait par le seul emploi du mot « nantissement » au lieu du mot « gage », puisque le mot nantissement peut s'appliquer aux immeubles comme aux meubles (cf. C.C.F., art. 2072), et même, à la rigueur, le mot

(1) Cf. Rossel et Mentha, I, p. 46.

(2) Planiol, II, n° 2674 et ss., n° 2703 et ss.

(3) *Ibid.*, n° 2495.

(4) V. Rossel. *Droit civil de la Suisse ro-*

mande, p. 455. Voir l'ancien Code des Obligations.

(5) Code civil allemand. Trad. Comité de lég. étrang., note 1 sous le titre de la section VIII, p. 706.

de gage peut être pris dans un sens extensif comme synonyme du mot nantissement ⁽¹⁾, ce qui fait disparaître toute antinomie entre l'idée de gage et celle d'immeuble.

682. La critique beaucoup plus grave que soulèvent les mots de « gage immobilier », c'est que, dans l'emploi qu'il fait de ces mots, le législateur suisse a renversé complètement la notion juridique du gage, telle qu'elle résulte de la tradition suisse, et de la tradition juridique de tous les pays. En effet, le mot de gage a un sens précis dans la langue française, et c'est en cette langue, et non dans une langue spéciale à la Suisse romande, qu'est écrite une des trois éditions officielles du Code civil suisse. Nous ne disons nullement que la langue française soit exclusivement réservée à la France, ni que l'Académie française ou le législateur français aient le pouvoir d'imposer aux autres pays de langue française un sens déterminé pour un mot français. Nous parlons de la langue française telle que l'usage l'a formée, en reconnaissant, bien entendu, aux Suisses, aux Belges, aux Canadiens de langue française, le droit de réagir sur elle et de contribuer à son évolution par leurs littérateurs, leurs juristes, leurs savants ; par exemple, les législateurs suisses ont créé une nouvelle expression française, comme ils en avaient le droit, en appelant « case hypothécaire » une institution nouvelle, qui sera peut-être, quelque jour, introduite en France.

683. Mais, tant qu'un mot a un sens bien déterminé, il doit être employé dans ce sens, et non dans un autre.

Or, il a précisément fallu des siècles pour que le sens du mot gage se fixe, et le mot ainsi fixé est nécessaire à la langue. En effet, à Rome, le mot « *pignus* » a commencé par désigner indifféremment la sûreté réelle entraînant dépossession, et celle qui, accompagnée d'un louage ou d'un précaire, n'entraînait pas dépossession matérielle ⁽²⁾, et aussi l'hypothèque, s'il est vrai que le mot d'hypothèque ne soit apparu que sous Justinien, et ait été interpolé dans tous les textes antérieurs ⁽³⁾. Mais, peu à peu, à travers de longs siècles, le sens du mot gage s'est précisé, et est devenu plus restreint que celui du mot *pignus*, et, dans son sens ainsi précisé, il entraîne nécessairement l'idée de dépossession. C'est avec cette signification qu'il a passé dans le Code civil français (art. 2071), dans les auteurs français ⁽⁴⁾ et suisses romands ⁽⁵⁾. Il importe peu que le législa-

(1) Cf. Planiol, II, n° 2389.

(2) Ulpien. D. 43. 26. *De préc.* 6. 4. — Florentinus. D. 13. 7. *De pign. act.* 35. 1.

(3) Mitteis, p. 763, n° 2. Cf. Collinet. *Droit de Justinien*, I, p. 162.

(4) Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Nantissement*, I, n° 6. — Planiol, II, n° 2388.

(5) V. Rossel. *Droit civil de la Suisse romande*, p. 455.

teur français, dans un texte où il ne se préoccupait nullement de la question des sûretés réelles, ait, dans l'article 2093 C.C.F., employé le mot de gage dans un sens beaucoup plus général. Il importe peu, également, que les lois françaises, très mal faites et très mal rédigées, des 17 mars 1909 et 1^{er} avril 1909, sur le nantissement des fonds de commerce, aient employé le mot nantissement, que nous supposons synonyme de gage, d'une manière justement critiquée par M. Planiol (1), d'après lequel ce prétendu nantissement est en réalité une hypothèque mobilière.

684. Ce qui importe, c'est que, dans la langue française, il y a deux mots pour désigner deux sûretés réelles différentes : le gage, qui entraîne dépossession, l'hypothèque qui n'entraîne pas dépossession (2). Comme le « gage immobilier » suisse, sous aucune de ses trois formes, n'entraîne dépossession, il en résulte qu'il s'agit d'une hypothèque, et que le mot de gage est mal choisi.

685. Le législateur suisse a dû être gêné pour trouver un mot englobant les trois sûretés réelles immobilières admises par la loi. En effet, parmi ces sûretés il fait figurer « l'hypothèque ». Il n'a, sans doute, pas voulu employer le mot hypothèque dans deux sens, l'un large, l'autre restreint. Il n'y a pas, du reste, entièrement réussi, puisque, dans l'article 58 (ancien art. 60) du Titre final, modifiant notamment l'article 37 de la loi du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, il englobe sous le nom d'hypothèque toutes les sûretés réelles immobilières, et même d'autres institutions encore. En somme, il aurait pu donner le nom d'hypothèque à toutes les sûretés réelles immobilières, puisque toutes rentrent dans la définition ; il aurait pu désigner ce qu'il appelle hypothèque par l'expression d'hypothèque simple, ou hypothèque proprement dite. Ou bien encore, et mieux, il aurait pu intituler son Titre XXII : « Des sûretés réelles immobilières » et subdiviser en hypothèques, cédules hypothécaires, et lettres de rente hypothécaires. Le titre montrerait qu'il n'y a pas d'autres sûretés réelles que les trois types admis, et le nom de chacune de ces sûretés rappellerait qu'elles se rattachent toutes au type de la première d'entre elles, l'hypothèque, différant toutes du gage en ce qu'elles n'entraînent pas de dépossession.

686. Le Code civil allemand, qui a su éviter la confusion entre le gage et l'hypothèque, n'a même pas cherché une dénomination générale pour les trois types de sûretés immobilières admis, hypothèques, dettes foncières, rentes foncières. Il a donné pour titre à la Section VIII : « De l'hypothèque, de la dette foncière, de la rente foncière. » C'est un

(1) Planiol, II, n° 2709.

(2) Planiol, II, n° 2388, 2389, 2645, 2659.

moyen très simple, et même trop simple, de supprimer la difficulté.

687. Malgré les critiques que nous venons de formuler au sujet de l'expression de « gage immobilier », il nous arrivera fréquemment, puisque nous commentons le Code civil suisse, et n'avons pas le pouvoir d'y introduire de changement, d'employer l'expression de gage immobilier dans le sens que lui a donné le législateur suisse.

688. Le Code civil suisse reconnaît donc trois types de sûretés réelles immobilières, l'hypothèque (en allemand *Grundpfandverschreibung*), la cédule hypothécaire (*Schuldbrief*), et la lettre de rente (*Gült*). Il a fallu tenir compte des traditions cantonales, très variées, mais qui, en général, se rapprochaient des trois formes adoptées par le Code civil. Il en est résulté une terminologie et une organisation différentes de celles du Code civil allemand qui admet l'hypothèque (*Hypothek*), la dette foncière (*Grundschild*), la rente foncière (*Rentenschuld*).

689. En Suisse orientale, la cédule hypothécaire avait peu à peu refoulé la lettre de rente. En Suisse occidentale, spécialement dans la Suisse romande, cantons de Fribourg, Genève, Neuchâtel, Tessin, Vaud, Valais, et Jura bernois, où le système juridique se rattache à celui du Code Napoléon, l'hypothèque, analogue à ce qu'elle est en France, occupait la première place. La lettre de rente se trouvait dans la Suisse centrale, et dans le canton d'Appenzell. Il est vraisemblable que les trois formes admises par le Code civil s'acclimateront chacune plus spécialement dans les régions dont elle était originaire.

690. L'hypothèque suisse, comme l'hypothèque française, est une sûreté réelle consistant en ce qu'un immeuble est affecté à l'acquittement d'une obligation personnelle. Le créancier peut donc se faire payer, non seulement sur l'immeuble hypothéqué, mais aussi sur tout l'ensemble du patrimoine de son débiteur. Elle diffère de la lettre de rente précisément en ce que la lettre de rente est une sûreté réelle consistant en ce qu'un immeuble est affecté au paiement d'une créance non personnelle. Elle diffère de la cédule hypothécaire en ce que la cession de l'hypothèque est réglementée comme celle des créances ordinaires; notamment, le débiteur peut opposer au cessionnaire toutes les exceptions qu'il pouvait opposer au cédant, tandis qu'avec la cédule hypothécaire, le cessionnaire ne court pas ce risque, d'où il résulte que la cédule, d'une transmission plus simple et plus sûre, convient mieux lorsqu'il s'agit de créances destinées à circuler.

691. Avec la lettre de rente, le créancier ne peut exercer son droit que sur l'immeuble affecté, et non sur les autres biens du débiteur. En

outre, la créance, en ce cas, est, en principe, irrachetable. Le débiteur est ainsi à l'abri d'une demande de remboursement, ce qui est précieux pour le crédit agricole, où une demande de remboursement peut être ruineuse. Comme la loi a pris des mesures destinées à éviter que le montant des lettres de rente ne dépasse la valeur de l'immeuble affecté, le créancier pourra facilement retrouver son capital en négociant son titre, auquel la loi donne la forme d'un papier-valeur négociable. C'est un excellent procédé de mobilisation du crédit foncier, et sa diffusion peut avoir d'importantes conséquences économiques.

692. La cédula hypothécaire, répandue notamment dans le canton de Zurich, et dans celui de Berne (*Pfandobligationen*), réunit pour le créancier les avantages de l'hypothèque proprement dite et de la lettre de rente. Comme pour l'hypothèque, l'obligation garantie conserve un caractère personnel, et le créancier peut se faire payer sur l'ensemble du patrimoine de son débiteur. Comme la lettre de rente, elle revêt la forme d'un papier-valeur négociable. En somme, au point de vue juridique, elle se rapproche plutôt de l'hypothèque; on peut même dire qu'elle est une hypothèque dont le transfert est facilité par la forme spéciale du titre qui la constate. Cependant, comme sa forme et son utilité la rapprochent de la lettre de rente, le Code suisse les a réunies dans un même chapitre.

693. Les trois sûretés réelles immobilières du Code suisse sont des hypothèques, en ce sens qu'elles n'entraînent pas la dépossession du débiteur. Toutes trois sont assorties d'un droit de préférence et d'un droit de suite. Elles exigent toutes un acte constitutif passé en forme authentique, et nécessitent une inscription au Registre foncier. Pour le droit de préférence, nous signalerons dès maintenant une différence notable entre le Droit suisse et le Droit français : les créanciers n'avancent pas comme rang; quand l'un d'eux est payé, il se forme une *case libre* utilisable au profit d'un nouveau créancier. Le système suisse est excellent et très pratique; il est conforme à la plus stricte équité; il n'y a aucune raison pour qu'un créancier obtienne un rang meilleur que celui qui a été prévu lors de la conclusion du contrat.

694. En Allemagne ⁽¹⁾, nous trouvons également plusieurs types de sûretés réelles immobilières. A côté de l'hypothèque ordinaire ou hypothèque négociable (*Verkehrshypothek*, *Briefhypothek*) le Code allemand admet l'hypothèque sans cédula (*Buchhypothek*), l'hypothèque de garantie (*Sicherungshypothek*), la dette foncière (*Grundschild*) avec ou

(1) Voir Code civil allemand, trad. Comité de lég. étrang., note sous l'intitulé de la Section VIII, p. 706.

sans cédule, la rente foncière (*Rentenschuld*) avec ou sans cédule. Les combinaisons sont donc plus variées qu'en Suisse.

695. L'hypothèque proprement dite, en Allemagne, comme en France et en Suisse, suppose l'existence d'une créance dont elle est l'accessoire; nous verrons cependant que l'on peut avoir hypothèque sur soi-même (*Eigentümerhypothek*) et que la dette foncière a simplement pour objet une somme à prendre sur l'immeuble. La dette foncière est donc indépendante de toute idée de créance personnelle. L'immeuble seul est tenu, le propriétaire ne doit rien au delà : « mort le gage, morte la dette ». L'hypothèque strictement accessoire d'une créance est, en Allemagne, l'hypothèque de garantie (*Sicherungshypothek*), qui ne peut comporter la délivrance d'une cédule, et qui sera particulièrement utile dans certains cas spéciaux : créances des incapables sur leurs représentants légaux, créance indéterminée résultant, par exemple, d'une ouverture de crédit, etc. La *Sicherungshypothek* se rapproche donc de l'hypothèque proprement dite suisse, et de l'hypothèque ordinaire française. La rente foncière allemande est analogue à la lettre de rente suisse; le créancier ne peut, en principe, exiger le paiement du capital, le débiteur peut imposer le rachat. Il est intéressant de remarquer que les rentes foncières allemande et suisse présentent d'incontestables analogies avec la vieille rente foncière du Droit français. Cette rente foncière ⁽¹⁾, redevance annuelle due comme prix d'acquisition d'un immeuble, provenait autrefois d'un contrat spécial appelé *bail à rente* ⁽²⁾. C'était un droit immobilier, susceptible d'hypothèque, et irrachetable. La rente constituait une charge réelle de l'héritage, et non une obligation du propriétaire. Pendant la Révolution, la rente foncière devint rachetable, et perdit son caractère immobilier, d'où il résulta qu'elle ne put plus être hypothéquée. C'est avec ces caractères qu'elle passa dans le Code civil, où elle figure, mais dégénérée, sous la forme d'une simple rente perpétuelle, créance personnelle, représentant le prix d'un immeuble (C.C.F., art. 530), assortie cependant d'un droit réel, qui est le privilège du vendeur, lequel est une véritable hypothèque. Même sous cette forme, elle est devenue très rare. Or, la rente foncière allemande et la lettre de rente suisse rappellent, par divers points, notre ancienne institution; il s'agit, en effet, de créances réelles, et non personnelles, comportant en général des prestations périodiques, et destinées à durer, en principe, perpétuellement, ou, du moins, très long-

(1) Voir Planiol, I, nos 2251, 2255, 2295 et ss. Cf. *infra*, n° 705.

(2) Bail signifie ici, non pas location, mais

aliénation; bailler veut dire donner. Le sens est : *aliénation moyennant une rente*.

temps. L'institution de la rente foncière allemande, et de la lettre de rente suisse peut, si elle développe tous ses effets, contribuer largement à la mobilisation du crédit immobilier, et, par là, accommoder la propriété immobilière au besoin de transactions faciles et rapides qui caractérisent notre époque. Ainsi, une vieille institution juridique tombée en désuétude va peut-être renaître, à peine transformée, comme adaptée aux notions les plus modernes de circulation et de crédit.

696. Pour en revenir au Droit suisse et au Droit allemand, nous signalerons encore une question : (1) Les diverses sûretés, prévues par la section VIII du Code allemand, représentent-elles des « obligations réelles » ? En d'autres termes, est-ce le *propriétaire* qui est tenu de l'obligation (sur son immeuble seulement, et seulement en tant que propriétaire), ou bien est-ce l'*immeuble* qui est tenu de l'obligation et non le propriétaire ? Naturellement, il s'agit de l'obligation hypothécaire pure, celle du tiers détenteur, par exemple, et non de l'obligation hypothécaire accompagnée d'une obligation personnelle, comme c'est le cas pour la créance hypothécaire proprement dite suisse et allemande. S'il s'agit d'une obligation réelle, le titulaire ne possède pas une véritable créance, mais seulement le droit de se satisfaire sur l'immeuble; le propriétaire n'a aucune prestation à effectuer; il ne paie que pour éviter l'exécution forcée sur l'immeuble. Selon M. Wieland (2), il n'en est pas ainsi : « La responsabilité impersonnelle que nous rencontrons dans l'institution de la « lettre de rente, suivant laquelle le créancier ne peut réclamer satisfaction que sur l'immeuble grevé, n'exclut pas l'existence d'une dette (3). « En conséquence, les dispositions du Code des Obligations relatives au « paiement, à la compensation, à la demeure, aux suites de l'inexécution « des obligations (art. 97 et ss. C.O.) s'appliquent à la lettre de rente. » Le législateur allemand, malgré les efforts d'une partie de la seconde commission qui penchait en faveur de l'*obligation réelle*, n'a pas voulu résoudre la question. En France, il nous semble que le tiers-détenteur, pour ne parler que de lui, est bien tenu en personne, car s'il se laisse saisir, les poursuites exercent contre lui. Cependant il peut se débarrasser de son obligation par le délaissement (4), et à partir de ce moment, l'immeuble seul est tenu. Il est naturel de voir une partie de la doctrine allemande (5) admettre qu'en ce cas il n'existe qu'un pur droit réel, ce

(1) Code civil allemand. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1118, p. 711. Cf. Wieland. *Droits réels*, I, art. 793, n° 3.

(2) Cf. Dernburg, p. 680 et autres auteurs cités par M. Wieland, *loc. cit.*

(3) Cf. en particulier Schwind, p. 56 et pp. 129 et ss.

(4) C.C.F., art. 2168, 2172, 2174.

(5) Voir les citations, dans Wieland, *loc. cit.*

qui aboutit à faire de l'immeuble, en quelque sorte, un débiteur indépendant de son propriétaire, comme il se produit en France, où, en cas de délaissement, un curateur est nommé à l'immeuble délaissé, qui devient ainsi une sorte de personne juridique. Une partie de la doctrine allemande, en effet, admet volontiers l'existence de choses ayant une capacité juridique ⁽¹⁾.

SECTION II. — Détails sur le gage immobilier.

§ 1. Définition des diverses sortes de gages immobiliers.

697. Le Code civil suisse contient peu de définitions. Il ne définit pas le gage immobilier, ni l'hypothèque. L'article 793 C.C.S. ⁽²⁾ se borne à indiquer les formes de gage immobilier permises, et à prohiber les autres. Il est vrai qu'une définition est mieux à sa place dans un ouvrage de doctrine que dans un Code, ouvrage pratique.

698. M. Wieland ⁽³⁾ définit ainsi le gage immobilier : « Le droit de « gage immobilier est un droit réel destiné à garantir une créance, et dont « l'objet est de permettre au créancier gagiste de se satisfaire sur le produit de la vente d'un immeuble avant tout autre créancier. » La définition française de l'hypothèque (C.C.F., art. 2114) est plus sommaire, et même trop sommaire, car elle omet le principal qui est de dire en quoi consiste le droit réel du créancier hypothécaire, et comment il s'exerce.

699. La définition du Code français et celle de M. Wieland paraissent, du reste, trop extensives, en ce sens qu'elles pourraient s'appliquer même à un véritable droit de gage immobilier avec dépossession de l'immeuble. Il est vrai que l'alinéa 3 de l'article 2114 C.C.F. prévoit que l'immeuble peut passer à d'autres mains, d'où l'on peut conclure que le débiteur en conserve la possession. D'autre part, M. Wieland a raison de donner du « gage immobilier » une définition extensive, car, en Suisse, c'est sous forme d'une prohibition expresse, résultant de l'alinéa 2 de l'article 793 C.C.S., que le gage immobilier avec dépossession est exclu ; l'expression de gage immobilier comprendrait donc, sans cette prohibition, même le gage avec dépossession et l'antichrèse.

700. L'article 793 détermine limitativement quelles formes peut revêtir le gage immobilier ; ce sont : l'hypothèque, la cédula hypothécaire et la lettre de rente.

(1) Cf. Thaller et Paul Pic. *Sociétés commerciales*, I, n° 166 et ss.

(2) C.C.S., art. 793 : « Le gage immobilier peut être constitué sous forme d'hypothèque,

de cédula hypothécaire ou de lettre de rente.

« Toute autre forme est prohibée. »

(3) Wieland, art. 793, n° 1.

701. M. Wieland ⁽¹⁾ définit ainsi l'hypothèque : « *L'hypothèque est un droit de gage constitué en faveur d'une créance personnelle qui n'est pas incorporée dans un titre.* » Cette définition est correcte dans la notion suisse restrictive, qui fait de l'hypothèque une forme spéciale du gage immobilier, tandis qu'en France le mot désigne toute sûreté réelle immobilière n'entraînant pas dépossession. Elle distingue bien, comme nous le verrons, l'hypothèque des deux autres formes de gage immobilier.

702. L'hypothèque est distincte de la créance, de sorte que, par exemple, la nullité de l'acte authentique empêcherait bien l'hypothèque de naître, mais la créance, sauf la question de preuve, existerait cependant comme obligation personnelle. Inversement, la validité de l'acte de constitution d'hypothèque et son inscription au Registre foncier, n'opèrent pas novation, et n'empêchent pas d'opposer à la créance garantie toutes les exceptions : nullité, paiement, compensation, etc. La cession des créances hypothécaires exige les formes habituelles des cessions de créance ⁽²⁾ ; il en est de même pour les créances hypothécaires françaises, sous réserve de ce que la pratique a inventé relativement aux créances hypothécaires avec clause à ordre ou au porteur ⁽³⁾. Il résulte de là que cette forme de garantie convient surtout aux créances qui ne sont pas destinées normalement à circuler, créances dont le montant est incertain ou variable, garantie d'un crédit ouvert au débiteur, garantie d'un compte-courant, dommages-intérêts, clause pénale, sûreté accordée aux biens des femmes mariées, créance éventuelle d'un pupille contre son tuteur, etc. En Droit allemand, elle correspond à l'hypothèque de garantie (*Sicherungshypothek*) régie particulièrement par les articles 1184 à 1189 C.C.A.

703. « *La cédule hypothécaire est un droit de gage constitué en garantie d'une créance personnelle incorporée dans un titre* ⁽⁴⁾. » Ici, comme pour l'hypothèque, à côté du droit réel, il y a une obligation personnelle ; comme pour l'hypothèque, le propriétaire grevé et le débiteur peuvent être des personnes différentes ⁽⁵⁾. Par contre, une fois l'inscription effectuée, le titre dressé par le conservateur du Registre foncier constitue un « papier-valeur ». Seul, le possesseur de ce titre peut faire valoir son droit. La cédule hypothécaire est transmissible comme un titre au porteur. L'inscription et le titre prouvent, non seulement l'existence de la sûreté réelle, mais l'existence de la créance, qui est novée ⁽⁶⁾, du moins à l'égard du tiers-

(1) *Ibid.*, n° 2.

(2) Voir Code des Obligations, art. 164 et ss.

(3) Planiol, II, n° 2671.

(4) Wieland, art. 793, n° 2.

(5) Cf. C.C.S., art. 831 et 845.

(6) Cf. C.C.S., art. 855 et 856, al. 2.

porteur. « La foi publique » du Registre foncier s'étend donc à la créance elle-même. Aucune exception, autre que celle tirée du titre lui-même, ne peut être opposée à l'acquéreur de bonne foi de la créance.

704. La cédula hypothécaire convient à des créances destinées à la circulation, notamment aux emprunts ordinaires. L'acquéreur trouvera facilement du crédit, un long terme, et sera moins exposé à une demande de remboursement, si le prêteur sait qu'il peut disposer facilement de sa créance en la cédant sans formalité.

Elle correspond à la *Briefhypothek* des articles 1113 et ss. du Code civil allemand. En France, elle peut être rapprochée actuellement de l'hypothèque au porteur, inventée par la pratique, et admise par la jurisprudence ⁽¹⁾, mais peu employée. Surtout, elle se rapproche de la cédula hypothécaire organisée par la loi du 9 messidor an III, qui fut prorogée à plusieurs reprises, la dernière fois le 28 vendémiaire an V, de sorte qu'elle ne fut jamais exécutoire. La cédula délivrée d'après cette loi était délivrée au propriétaire, qui prenait ainsi hypothèque sur lui-même pour une période de dix années, jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur des biens. Le conservateur était responsable, et cette lourde responsabilité fut une des causes qui empêchèrent la loi d'être appliquée ⁽²⁾.

705. « La lettre de rente est un droit de gage constitué en garantie d'une créance impersonnelle dont le titulaire ne peut demander le rachat (en principe) ⁽³⁾. » L'immeuble seul est débiteur, et non le patrimoine du contractant. En cas de vente de l'immeuble, le vendeur est libéré, et l'acheteur devient débiteur. En principe, le capital de la lettre de rente ne peut être exigé par le créancier. Elle convient donc particulièrement aux placements à long terme. En Droit allemand, elle correspond à la *Grundschild* des articles 1191 et ss. C.C.A. et à la *Rentenschuld* des articles 1199 et ss. Elle rappelle, par certains côtés, la vieille rente foncière du Droit français ⁽⁴⁾, qui survit encore dans l'article 530 C.C.F., mais est presque entièrement tombée en désuétude, mais avec cette différence, notamment, que le « bail à rente » n'était pas un contrat de garantie, destiné à garantir un droit sur l'immeuble, ou une créance dont l'origine était indépendante de toute opération relative à l'immeuble, mais bien un acte d'aliénation de l'immeuble moyennant une rente due par l'acquéreur, de telle sorte que le vendeur, à une époque où les capitaux mobilisés étaient rares, et leur placement difficile, trouvait sous cette forme un emploi immédiat

(1) Voir Planiol. II, nos 1620-2671. Bordeaux, 18 mars 1852. S. 52. 2. 321.

(2) Voir Planiol II, n° 2685 et les référ.

(3) Wieland, art. 793, n° 2.

(4) Cf. *suprà*, n° 695.

du prix de son immeuble. Ajoutons que la créance n'avait pas la forme d'un titre au porteur. Il est cependant intéressant de constater que le progrès consiste parfois, non à inventer du nouveau, mais à adapter à de nouveaux besoins d'anciennes institutions qui paraissaient destinées à tomber à jamais dans l'oubli.

§ 2. *Caractère accessoire du droit de gage immobilier.*

706. Nous avons déjà vu que le droit de gage suppose l'existence d'une créance; il importe peu que certains auteurs ⁽¹⁾ ne voient dans la lettre de rente qu'un pur droit réel, et, à la vérité, que parfois la lettre de rente n'existe que d'une manière « potentielle » parce qu'elle est entre les mains du propriétaire; il n'en tombe pas moins sous le sens que le gage a pour but de garantir l'acquittement d'une obligation, ce qui suppose essentiellement l'existence d'une obligation, donc d'une créance.

707. Il y a cependant, en Droit français, certains cas où, en apparence tout au moins, l'hypothèque existe indépendamment de toute créance ⁽²⁾. S'il s'agit d'une créance à terme, elle n'en existe pas moins (C.C.F., art. 1185) malgré l'adage « qui a terme ne doit rien ». S'il s'agit d'une créance conditionnelle, la condition accomplie a un effet rétroactif (C.C.F., art. 1178). S'il s'agit d'une créance éventuelle : créance du mineur, de la femme mariée, dont le rang peut être antérieur à la naissance de la créance, ouverture de crédit, compte-courant; dans tous ces cas où il peut arriver finalement qu'il n'y aura eu aucune créance, l'hypothèque n'en est pas moins l'accessoire d'une créance; l'hypothèque est conditionnelle, et elle existe rétroactivement si la créance prend naissance ⁽³⁾. La loi elle-même ⁽⁴⁾ décide, pour les prêts du Crédit foncier, que l'hypothèque prend rang avant la réalisation du prêt, à la date de l'acte conditionnel de prêt. Il faut bien reconnaître que, si l'hypothèque suppose une créance dont elle est l'accessoire, elle existe bien dans ces divers cas, alors qu'il n'y a pas encore de créance. Elle existe si bien qu'elle paralyse le crédit immobilier. C'est précisément pour éviter ce danger que le législateur ⁽⁵⁾ a permis la cession de l'hypothèque légale de la femme mariée.

708. Il convient de rappeler que l'action hypothécaire et l'action personnelle résultant de la créance peuvent grever deux patrimoines

(1) Voir *suprà*, n° 698. Wieland, art. 793, n° 3, et les références.

(2) Cf. Planiol, II, n° 2652.

(3) Cf. Planiol, *ibid.*

(4) Loi 10 juin 1854, art. 4.

(5) Loi du 23 mars 1855, art. 9, complété par la loi du 13 février 1889, article unique. Cf. Planiol, II, n° 3453 et ss.

différents, soit dans le cas où l'immeuble hypothéqué a été aliéné et se trouve entre les mains d'un tiers-détenteur, soit dans le cas où une caution réelle a grevé son immeuble d'une hypothèque garantissant la dette d'autrui.

709. En Suisse ⁽¹⁾, les auteurs admettent bien que l'hypothèque est un droit accessoire, si l'on veut parler du rapport de subordination entre le droit de gage et la créance. Ils distinguent cependant, et ne considèrent comme n'étant véritablement un droit accessoire que le droit de gage constitué en faveur d'une créance personnelle, ce qui amène à considérer l'hypothèque proprement dite et la cédula comme des droits accessoires, mais non la lettre de rente. En Suisse comme en France, des créances futures, ou même simplement possibles, peuvent être garanties par gage. Les auteurs admettent en ce cas que le droit de gage n'a qu'une existence *formelle*, et que c'est seulement lors de la naissance de la créance que le gage prendra son existence *matérielle*. Il en est de même dans le cas où le droit de gage est constitué en faveur du propriétaire.

710. En somme, on peut dire que le droit de gage est nécessairement l'accessoire d'une créance, mais que la personne du débiteur, l'existence et le montant de la dette peuvent n'être déterminés que lors de la réalisation du droit de gage. Il faut, en outre, qu'au moment où naît l'hypothèque, il existe un acte juridique générateur de la créance.

§ 3. *Prohibition des autres formes de gage immobilier.*

711. L'article 793 prohibe toute autre forme du droit de gage immobilier que les trois formes dont nous venons de donner la définition : hypothèque, cédula hypothécaire, lettre de rente. C'est une prohibition d'ordre public. Par application de l'article 966 C.C.S., le conservateur devra refuser d'insérer le droit prohibé au Registre foncier. Il est certain que le conservateur refusera toujours d'insérer un droit prohibé quand il lui sera présenté sous un nom spécial : *gardance de dams* (canton de Vaud, ancien Code civil vaudois), *antichrèse* (Suisse romande, sauf Fribourg, Neuchâtel et Vaud, qui l'interdisent ⁽²⁾). Mais il pourra arriver que, sous le nom d'une sûreté immobilière licite, se dissimule, soit une sûreté prohibée, soit une clause prohibée. Par exemple, sous le nom de gage immobilier, licite en apparence, les parties pourraient présenter au conservateur un contrat conférant au créancier la possession de l'immeuble,

(1) Wieland, art. 793, n° 4.

(2) Ailleurs, du reste, elle était tombée en désuétude, comme en France. Voir V. Ros-

sel. *Droit civil de la Suisse romande*, p. 456, note 2. Code civ. Genève, art. 2086. Tessin, art. 818. Valais, art. 1845.

et lui attribuant les revenus en lieu et place d'intérêt; ce serait une anti-chrèse, et, même inscrite au Registre, elle serait nulle. D'autres cas sont plus douteux : selon M. Wieland ⁽¹⁾, il serait licite de constituer un usufruit au profit du créancier gagiste. Nous ne pouvons partager cette opinion; constituer un usufruit dans le but de permettre au créancier gagiste de toucher lui-même ses revenus, ou d'amortir son capital, c'est créer une sûreté immobilière avec dépossession, donc ne rentrant pas dans le cadre des trois *hypothèques* ⁽²⁾ seules admises. Peu importe que la constitution d'usufruit soit, en principe, licite; ici, sa cause est illicite ⁽³⁾, car elle a pour cause la garantie réelle immobilière accompagnée de dépossession. Par contre, une location consentie au créancier sera licite; la compensation du loyer avec les intérêts se fera suivant les règles des articles 120 à 126 du Code des Obligations; cette compensation pourra être prévue expressément par le contrat de gage et par celui de louage. Mais la même opération sera illicite si, ce qui est une question de fait, les parties ont en vue la dépossession ⁽⁴⁾ comme supplément de garantie. La preuve du caractère illicite de l'opération pourra résulter de circonstances à apprécier dans chaque espèce : on l'admettra plus facilement si le créancier, au lieu d'habiter l'immeuble loué, le sous-loue, ou si rien n'explique autrement le contrat de louage, ou surtout si le créancier se livre à cette pratique d'une manière répétée ou habituelle, ou si un loyer à bas prix, accompagné du droit de sous-louer à un prix qui, en fait, sera beaucoup plus élevé, dissimule une opération usuraire ⁽⁵⁾, etc.

712. Si ce sont des clauses accessoires qui sont illicites, le conservateur refusera l'inscription si le caractère illicite est certain. S'il l'accepte, croyant la clause licite, la clause illicite seule sera nulle ⁽⁶⁾. Telle serait la clause décidant que le créancier deviendra propriétaire à défaut de paiement (art. 816 C.C.S.), et d'autres clauses que nous retrouverons. Peut-être, en ce cas, la jurisprudence suisse décidera-t-elle que le contrat de gage immobilier est entièrement nul, lorsque la clause illicite aura été envisagée par les parties comme une cause de contrat, de même que la jurisprudence française décide, en matière de libéralités, et malgré les termes de l'article 900 C.C.F., que les conditions illicites rendent nuls

(1) Wieland, art. 793, n° 6. Cf. Dernburg, p. 781.

(2) *Hypothèque* est pris dans le sens de sûreté réelle sans dépossession, par opposition au *gage* qui entraîne dépossession. Voir *suprà*, nos 679 et ss., la critique de l'expression « gage immobilier ».

(3) Cf. Rossel et Mentha, III, p. 41. Code des Obligations, art. 17 et 20.

(4) En Suisse, le locataire a la possession, voir *suprà*, n° 280 et ss.

(5) La définition et la répression de l'usure sont réservées au Droit cantonal et au Droit public, cf. C.C.S., art. 795. C.O., art. 73.

(6) Wieland, art. 793, n° 6.

les testaments et donations dont elles sont la cause impulsive et déterminante (1).

713. En Droit français, faut-il penser que d'autres sûretés réelles immobilières que celles prévues par la loi seraient licites ? La question ne paraît pas s'être posée en pratique. Pourrait-on, par exemple, constituer un immeuble en gage, avec dépossession et droit réel ? Les termes de l'article 1088 C.C.F. permettent de discuter la question, et le principe de la liberté des conventions permet de soutenir l'affirmative. En sens contraire, on peut observer ceci : pour qu'il y ait droit réel, il faut que ce droit soit opposable aux tiers, et la loi du 23 mars 1855 semble indiquer limitativement quels sont les droits réels opposables aux tiers par la transcription. Et l'article 1^{er}, § 1^{er} de cette loi, rapproché de l'article 2118 C.C.F. semble exclure la possibilité de rendre opposable aux tiers un gage immobilier avec dessaisissement, autre que l'antichrèse. En pratique, bien que, selon M. Planiol (2), l'antichrèse ne soit qu'une « mise en gage des revenus », le droit de rétention prévu par l'article 2087 C.C.F., la rend semblable à un vrai gage avec dépossession (3). En réalité, l'antichrèse ressemble donc de fort près à un gage immobilier avec dépossession ; elle n'en diffère qu'en ce que le créancier se paie lui-même au lieu de toucher en argent ses intérêts et son capital. Elle n'est pas absolument une mise en gage des revenus, car, s'il en était ainsi, le créancier ne pourrait que faire vendre les fruits, ou se les faire attribuer judiciairement, comme le prescrit l'article 2078 C.C.F. (cf. art. 2088) (4).

714. En Allemagne, le Code civil, comme le Code suisse, n'admet pas d'autres formes de sûretés réelles immobilières que celles, du reste subdivisées en variétés très nombreuses, admises par le Livre III, Section VIII (5) (*De l'hypothèque, de la dette foncière, de la rente foncière*).

§ 4. Spécialité du gage quant à la créance garantie.

715. L'article 794 C.C.S. (6) consacre le principe de la spécialité quant à la créance garantie. Cette créance doit être nécessairement évaluée en argent. Le texte ne s'oppose pas, du reste, à ce que le gage immobi-

(1) Cf. Planiol, III, n° 3034. Aubry et Rau, 4^e éd., VII, § 692, p. 290, voir les arrêts. Dalloz. *Code civil annoté*, art. 900, n° 34.

(2) Planiol, II, n° 2495.

(3) *Ibid.* n° 2496.

(4) Un des caractères du gage, c'est qu'il ne permet pas au créancier de se payer avec la chose mise en gage, mais de se faire payer sur elle. Cf. Planiol, II, n° 2457 et ss.

(5) Cf. C.O.A. Trad. du Comité de lég.

étrang., note sous le titre de la section VIII, p. 711.

(6) C.C.S., art. 794 : « Le gage immobilier ne peut être constitué que pour une créance déterminée, dont le montant sera indiqué en monnaie suisse.

« Si la créance est indéterminée, les parties indiquent une somme fixe représentant le maximum de la garantie immobilière. »

lier garantisse une créance future, ou éventuelle (ouverture de crédit, garantie des biens de la femme mariée, droit à des dommages-intérêts, clause pénale. etc.), mais, en ce cas, il faut fixer un maximum, évalué en argent. Le gage peut encore garantir une obligation de faire, ou toute autre ne consistant pas en une somme d'argent; mais, en ce cas aussi, il faudra une évaluation en argent, représentant les dommages-intérêts en cas d'inexécution. Les intérêts, garantis, aux termes de l'article 818, à concurrence de trois ans, ne seront garantis au delà que sous forme d'une hypothèque avec indication du maximum qui bénéficiera de la garantie (1).

C'est par une hypothèque proprement dite, et seulement sous cette forme, que ces sortes de créances peuvent être garanties. Par leur nature même, la cédula hypothécaire et la lettre de rente ne sauraient convenir pour ces créances qui n'ont pas la netteté exigée pour la circulation du titre.

716. En Allemagne (2), d'après le premier projet du Code civil, l'objet de la créance devait être une somme d'argent. D'après l'article 1113 C.C.A., c'est le *contenu de la charge réelle* qui doit être une somme d'argent. Il n'est pas nécessaire que cette somme soit déterminée d'avance. La règle est à peu près analogue à celle du droit suisse, comme résultat pratique. La dette foncière et la rente foncière des articles 1191 et 1199 C.C.A., ne supposant pas l'existence d'une créance (3), il en résulte que la somme payable sur l'immeuble doit être déterminée.

717. En France, le principe de la spécialité de la créance garantie, en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles, est écrit dans l'article 2132 C.C.F. Si la créance est conditionnelle ou indéterminée, elle sera évaluée par le créancier lors de l'inscription, et le débiteur a le droit de faire réduire le chiffre s'il y a lieu. Cependant les hypothèques légales instituées par l'article 2121 C.C.F., sont indéterminées quant au montant de la créance garantie, ce qui est regrettable au point de vue du crédit immobilier.

718. Le législateur suisse a fait œuvre utile en écartant les gages immobiliers à montant indéterminé. Du reste, avec le système de la cédula hypothécaire et de la lettre de rente, et étant donnée la circulation rapide à laquelle elles sont destinées, il était nécessaire d'appliquer rigoureusement le principe de la spécialité de la créance garantie, ou mieux, de la détermination des créances garanties (4).

(1) *Höchst* ou *Ultimahypothek*. Cf. Planck. Rem. 2. b.

(2) C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang., at. 1113, note 5.

(3) C.C.A., art. 1192. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1192, note 2. Cf. art. 1199, n° 1.

(4) Planiol, II, n° 2662. Cf. Huc, *Le Code civil italien*, I, p. 337.

719. Quant aux intérêts de la créance garantie, nous verrons, avec l'article 818 C.C.S., quels sont ceux que protège l'inscription du gage immobilier. L'article 795 (1), qui se trouverait mieux à sa place à la suite de l'article 73 du Code des Obligations, réserve à la législation cantonale la faculté de fixer un maximum du taux de l'intérêt pour les créances garanties par un immeuble. L'art. 73 C.O. réserve au Droit public la répression de l'usure. Le droit cantonal peut, du reste, eu égard à certains risques spéciaux, autoriser une majoration d'intérêts (prime) (2) sauf pour les lettres de rente, où des mesures de contrôle sont prises pour éviter que la somme garantie ne risque de dépasser la valeur du gage. L'anatocisme, autorisé, mais limité par l'article 1154 C.C.F., est prohibé, en Suisse, par l'article 314 C.O.

720. On sait qu'en France (cf. art. 1907 C.C.F.), la loi du 3 septembre 1807 avait fixé le maximum du taux de l'intérêt à 5 % en matière civile, et à 6 % en matière commerciale. La loi du 12 janvier 1886 a rendu libre le taux en matière commerciale. La loi du 7 avril 1900 a fixé l'intérêt *légal* à 4 % en matière civile et 5 % en matière commerciale, mais n'a pas modifié les dispositions antérieures relatives au taux maximum.

721. Dans le Jura Bernois, la loi française du 3 septembre 1807 s'est trouvée abrogée par les lois de promulgation du Code bernois du 30 janvier 1866 et par le Code fédéral des Obligations (ancienne édition promulguée le 31 décembre 1882) dont l'ancien article 337 réservait aux cantons la faculté de fixer un maximum pour le taux d'intérêt des prêts hypothécaires. A Genève, la loi du 7 février 1857 a fixé le même taux maximum que la loi française du 3 septembre 1807; le même taux a été admis par le Code fribourgeois, dans son article 1849 (3).

§ 5. *Objet du gage immobilier.*

722. Aux termes de l'article 796 C.C.S. (4), seuls les immeubles immatriculés au Registre foncier peuvent être l'objet d'un droit de gage immobilier. La législation cantonale est réservée en ce qui concerne la mise

(1) C.C.S., art. 795 : « Le service de l'intérêt est réglé librement par les parties, sous réserve des dispositions légales contre l'usure. »

« La législation cantonale peut fixer le maximum du taux de l'intérêt autorisé pour les créances garanties par un immeuble. »

(2) Wieland, art. 795, n° 1.

(3) Voir Rossel. *Droit civil de la Suisse romande*, p. 446, note 3.

(4) C.C.S., art. 796 : « Le gage immobilier n'est constitué que sur des immeubles immatriculés au Registre foncier. »

« La législation cantonale peut soumettre à des règles particulières ou même prohiber l'engagement des immeubles du domaine public, des allmends ou des pâturages qui appartiennent à des corporations et celui des droits de jouissance attachés à ces biens. »

en gage des immeubles du domaine public. Les *allmends* et pâturages appartenant à des corporations sont les immeubles qui appartiennent aux sociétés dites d'*allmend* (*Allmends Genossenschaften*). Il existait dans certains cantons des lois relatives aux formes particulières d'engagement de ces immeubles ⁽¹⁾.

723. Il ne faudrait pas croire que ces immeubles appartenant à des corporations n'existent qu'en Suisse. On peut rappeler, à ce sujet, les biens des sections de communes, qui existent dans de nombreuses régions de la France. La section de commune, telle qu'elle existe en Droit civil, n'est pas la section du Droit administratif. Il suffit, pour qu'il existe une section de commune du Droit civil, que les habitants d'un hameau, ou d'une partie de la commune, aient des biens qui leur appartiennent en propre, indépendamment des biens communaux. Ces sections de commune sont des personnes de droit public; elles sont représentées, en principe, par le maire et le Conseil municipal, et, en cas de conflit avec la commune, par une commission syndicale nommée par les électeurs et les propriétaires fonciers de la section ⁽²⁾. Il est vraisemblable qu'à une époque quelconque, ces biens appartenaient à des communautés, des corporations, ou plus simplement à des groupements de fait d'habitants d'un hameau, ou d'une partie de la commune pour lesquels tel ou tel pâturage, telle ou telle forêt était particulièrement utile ou particulièrement accessible.

Mais, puisque ces biens des sections de communes appartiennent, dans le Droit français moderne, à des personnes de droit public, il n'est pas possible de les rapprocher des biens prévus par l'article 796 C.C.S., *allmends* ou pâturages appartenant à des corporations. Il existe cependant, tout au moins dans le Chablais, au nord de la Haute-Savoie, et, sans doute, ailleurs, des biens qui s'en rapprochent de beaucoup plus près. Ces biens peuvent avoir des origines diverses; tantôt il s'agit d'anciennes indivisions qui se sont perpétuées, tantôt il s'agit de biens ecclésiastiques ou autres vendus comme biens nationaux pendant la Révolution, et achetés par un ensemble d'habitants. En général, ces biens sont administrés par une commission; parfois ils sont mis en location; il arrive même que les revenus soient appliqués à des besoins communaux ⁽³⁾. Ces organisations, qui sont de nature à rendre des services, mériteraient

(1) Par exemple la loi bernoise du 21 mars 1854 concernant l'établissement d'*Alpseybücher*.

(2) Voir loi française du 5 avril 1884.

(3) Dans le Chablais, arrondissement de Thonon-les-Bains, on peut citer, notamment, les biens de la « Bourgeoisie de Saint-Gin-

golph », situés en France et en Suisse, et appartenant aux sociétaires français et suisses. On peut citer aussi la « Société des Montagnes de Bernex », les « Biens de la cure », de Champanges et de Novel, les biens des « indivis de Vallon », etc.

d'être encouragées; malheureusement, leur fonctionnement régulier se heurte à bien des difficultés, qui donnent lieu à trop de procès. Il serait désirable que les membres de ces sociétés ou corporations élaborassent des statuts de nature à rendre plus facile la tâche de leurs administrateurs, et à éviter les conflits.

§ 6. *Spécialité du gage relativement à l'immeuble grevé.*

724. L'article 797 C.C.S. ⁽¹⁾ formule le principe de la spécialité du gage quant à l'immeuble grevé. Ce principe est d'origine relativement récente ⁽²⁾. Dans le Droit romain, et en France jusqu'à la Révolution, il était permis, et même il était d'usage, d'établir des hypothèques générales. Le principe de la spécialité, qui est écrit dans l'article 2129 C.C.F., a été introduit dans notre Droit par la loi du 11 brumaire an VII. En France, ce principe souffre des exceptions fréquentes et importantes, celles qui résultent des hypothèques judiciaires (C.C.F., art. 2123) et des hypothèques légales (C.C.F., art. 2121). Et même, en fait, l'hypothèque conventionnelle peut se trouver générale, au moyen de l'hypothèque des biens à venir de l'article 2130 C.C.F., et aussi d'après la jurisprudence qui permet de faire porter l'hypothèque sur tous les immeubles du débiteur situés dans un arrondissement hypothécaire, à condition que la nature des immeubles soit sommairement indiquée ⁽³⁾.

725. Dans le système suisse du Registre foncier, la spécialisation du gage immobilier, quant à l'immeuble grevé, s'imposait puisque le Registre est tenu par ordre d'immeubles, et non par ordre de propriétaires.

726. Avec l'organisation matérielle des registres hypothécaires français, le principe de la spécialité de l'hypothèque, quant à l'immeuble grevé, est critiqué par divers auteurs ⁽⁴⁾. Il est permis d'admettre, avec eux, que l'organisation du régime hypothécaire français serait plus simple, si les hypothèques étaient toujours spécialisées et déterminées quant à la créance garantie, et si elles étaient toutes générales, comme grevant tous les immeubles du débiteur. Ainsi, il n'y aurait pas d'hypothèques générales en conflit avec des hypothèques spéciales, et on éviterait beaucoup de complications et de procès au cours des procédures d'ordre.

(1) C.C.S., art. 797 : « L'immeuble grevé doit être spécialement désigné lors de la constitution du gage. »

« Les parcelles d'un immeuble ne peuvent être grevées de gages, tant que la division n'a pas été portée au Registre foncier. »

(2) Planiol, II, nos 2666 et ss. Aubry et Rau, 5^e éd., III, § 273.

(3) Planiol, II, nos 2802 et ss. Aubry et Ran, 5^e éd., III, § 273, p. 555.

(4) Planiol, II, n^o 2667. Huc, cité par Planiol, *ibid.*, note 1.

727. En Suisse, ce principe de la spécialité du gage immobilier, quant à l'immeuble grevé, ne dérive pas d'une notion théorique. Il s'impose, à cause du mécanisme du Registre foncier, dont les feuillets représentent l'état-civil d'un immeuble, ce qui exige que chaque feuillet mentionne les gages dont l'immeuble est grevé. En fait, du reste, rien n'empêche que le titre constitutif du gage, prévu par l'article 799 C.C.S., n'oblige le débiteur à engager son patrimoine immobilier tout entier, ou un ensemble de biens-fonds, tels qu'il peut en disposer à ce moment-là, sans qu'il ait besoin de désigner spécialement chacun des immeubles grevés (1). Mais le consentement à l'inscription doit, sous peine de rejet de la demande d'inscription, indiquer les immeubles objets du gage. Le contrat de gage peut donc être général, mais, et c'est l'évidence, l'inscription et le consentement à l'inscription doivent être spéciaux pour chacun des immeubles grevés.

728. Rappelons que, d'après l'article 836 C.C.S., les cantons peuvent établir des hypothèques légales dispensées d'inscription, pour des créances dérivant du Droit public ou d'obligations générales imposées aux propriétaires. Cette concession au droit cantonal est regrettable, car l'existence possible d'hypothèques occultes est de nature à porter atteinte au crédit immobilier.

729. Lorsque diverses parcelles sont réunies, au Registre foncier, dans un même feuillet, l'une d'elles ne peut être grevée d'un droit de gage particulier qu'après avoir été distraite du feuillet pour former un feuillet distinct (2). En outre, il résulte aussi de l'article 797, alinéa 2, que l'on ne peut réunir plusieurs immeubles en un seul, sur le même feuillet, à moins que les droits de gage ne soient éteints, ou que tous les immeubles ne soient grevés de la même manière. Si ces conditions ne sont pas remplies, le conservateur doit refuser la réunion. S'il l'accepte néanmoins, on discute le point de savoir si chacun des immeubles réunis reste grevé séparément, et doit être vendu séparément, le produit de chaque vente devant être attribué aux créanciers inscrits sur lui (3), ou si, au contraire, le nouvel immeuble doit être vendu globalement, de telle sorte que le prix soit réparti entre les créanciers proportionnellement à leurs droits (4). M. Wieland, avec raison, trouve cette dernière méthode arbitraire. En cas de vente globale, nous pensons qu'il faudra faire une ventilation.

(1) Wieland, art. 797, n° 2.

(2) Cf. C.C.S., art. 797, al. 2 et art. 945, et Ordonnance Reg. fonc., art. 87 à 97.

(3) Wieland, art. 797, n° 3. — Kober,

C.C.A., art. 1131. Rem. 5. — Biermann, Rem. sur l'art. 1131 C.C.A.

(4) Cf. *Exposé des motifs*, p. 198. Dans le sens de cette opinion, voir Hachenburg. *Beiträge*, p. 332.

S'il arrivait qu'un créancier, trompé par l'inscription des parcelles sur un feuillet, était lésé, le canton et le conservateur encourraient la responsabilité prévue par l'article 955 C.C.S.

730. En Allemagne, comme en Suisse, et pour les mêmes raisons, l'institution du Livre foncier entraîne, comme conséquence, la spécialité des sûretés réelles immobilières quant à l'immeuble grevé. Ce principe se trouve implicitement contenu dans le texte des articles 1113, 1191 et 1199 qui définissent l'hypothèque, la dette foncière et la rente foncière. « Le principe fondamental de l'inscription au Livre foncier, et celui de la spécialité, ne permettent pas la constitution d'une hypothèque sur un patrimoine, car le patrimoine n'a pas de feuillet au Livre foncier ⁽¹⁾. »

731. Le cas où plusieurs immeubles sont constitués en gage pour une même créance est prévu par l'article 798 C.C.S. ⁽²⁾. C'est le droit de gage général, dit M. Wieland, expression qui peut tromper; l'expression allemande *Gesamtpfandrecht*, est meilleure. Si les immeubles appartiennent au même propriétaire, ou à des codébiteurs solidaires, ils peuvent être constitués en gage pour la même créance. Le créancier devra poursuivre simultanément la réalisation de tous les immeubles, mais l'office des poursuites ne réalisera les immeubles que dans la mesure qu'il jugera nécessaire (art. 816, al. 3 C.C.S.). Si les immeubles n'appartiennent pas au même propriétaire ou à des codébiteurs solidaires, chacun d'eux devra être grevé à concurrence d'une part déterminée de la dette; cette part sera fixée par la convention des parties, et à défaut de convention, le conservateur écartera la réquisition, sauf dans le cas où la valeur estimative des immeubles est indiquée au Registre foncier; en ce cas, le conservateur répartira le droit de gage proportionnellement à la valeur des immeubles ⁽³⁾; mieux eût valu obliger les parties à faire toujours elles-mêmes la répartition.

732. En somme, le Code suisse n'admet pas, en général, le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. Même quand il s'agira d'un débiteur unique, ou de plusieurs codébiteurs solidaires qui auront engagé leurs immeubles pour une même dette, comme le permet l'article 798, alinéa 1, il n'y aura pas véritablement indivisibilité, puisque l'article 816, alinéa 3,

(1) Code civil allemand. Trad. Comité de lég. étrang., note 1 sous l'intitulé de la Section VIII, Livre III, p. 706.

(2) C.C.S., art. 798: « Plusieurs immeubles peuvent être constitués en gage pour la même créance, lorsqu'ils appartiennent au même propriétaire ou à des codébiteurs solidaires. »

« Dans tous les autres cas de gage cons-

titué sur plusieurs immeubles pour une même créance, chacun des immeubles doit être grevé pour une part déterminée de celle-ci.

« La répartition de la garantie se fait, sauf convention contraire, proportionnellement à la valeur des divers immeubles. »

(3) C.C.S., art. 798, al. 2, et Ordonnance Reg. fonc., art. 45.

oblige le créancier à poursuivre simultanément la réalisation des immeubles engagés, ce qui est contraire au principe français de l'indivisibilité ⁽¹⁾, d'après lequel chaque immeuble et chaque partie d'un immeuble répondent de toute la dette, et de toute partie de la dette. Le fait que la dette prévue par l'article 798, alinéa 1, est due par divers codébiteurs solidaires aurait conduit à admettre l'indivisibilité de l'hypothèque; le créancier, qui peut s'adresser à l'un quelconque de ses codébiteurs solidaires (Code des Obligations, art. 143 et 144), semblerait avoir le droit de se faire payer sur l'immeuble spécial de l'un des codébiteurs. Mais, pour des motifs indépendants de la notion de solidarité, l'article 816, alinéa 3, prescrit que le créancier doit poursuivre la réalisation simultanée de tous les immeubles engagés, qu'ils appartiennent à un débiteur unique ou à plusieurs codébiteurs solidaires. Le résultat, c'est qu'il y a bien solidarité pour l'obligation personnelle, mais non pour l'obligation réelle pour laquelle le principe de l'article 144 C.O. est écarté.

733. Il est permis de se demander comment pourra être appliqué l'article 798, alinéa 1, C.C.S., lorsqu'une personne est caution réelle d'une autre. Si le débiteur n'engage aucun immeuble, la solution est simple; la caution, simple ou solidaire (C.O., art. 495-496), ou même la caution réelle sans engagement personnel ⁽²⁾ qui aura engagé son immeuble, comme le permet l'article 824, alinéa 2 C.C.S., sera soumise à l'action hypothécaire d'après les règles ordinaires du cautionnement et de l'hypothèque. Mais, si le débiteur principal a lui-même engagé un immeuble, il paraît bien résulter de l'article 798 que la caution réelle ne peut être constituée que si la caution s'est liée par une obligation personnelle solidaire. Il semble donc, en ce cas, qu'il ne puisse pas exister de caution « purement réelle », mais seulement une caution personnelle solidaire engageant un immeuble en même temps que le débiteur principal en engage un autre. En pratique, la caution purement réelle est rare; cependant il est étrange de la voir écarter parce que le débiteur principal aurait lui-même engagé un immeuble. Le mot de « codébiteurs solidaires » employé par l'article 798, alinéa 1, ne permet guère d'admettre l'existence d'une « dette réelle » solidaire, permettant de concilier les termes de l'article 798, alinéa 1 et de l'article 824, alinéa 2.

734. L'alinéa 3 de l'article 798 demanderait à être précisé; tel qu'il est écrit, il semblerait qu'il se rattache à l'alinéa 2 ⁽³⁾. Or, la répartition

(1) Cf. Planiol, II, nos 2653, 2654. Aubry et Rau, 5^e éd., III, § 284, p. 674, § 285, p. 680.

(2) Cf. Wieland, art. 824-825, n° 3.

(3) M. Wieland (art. 798, n° 5) semble être en ce sens.

de la garantie peut donner lieu à des difficultés, soit dans le cas des codébiteurs solidaires, soit même dans le cas d'un débiteur unique ayant engagé plusieurs immeubles; les créanciers postérieurs en rang ont intérêt à ce que la répartition ne lèse pas leurs droits, cela du moins dans le cas, prévu par l'article 814, alinéa 3, où les créanciers postérieurs avancent en rang, au lieu de conserver une case fixe; en ce cas, en effet, leur intérêt est que l'hypothèque porte le moins possible sur l'immeuble qui leur est affecté comme garantie. Dans le système suisse, quel que soit le cas : immeubles divers engagés par un débiteur ou par des codébiteurs solidaires, immeubles divers engagés chacun pour une part déterminée d'une même obligation non solidaire ⁽¹⁾ la règle est qu'un immeuble ne peut être engagé que pour une part maxima, connue d'avance, d'une dette. Ce système est très avantageux, et permet de connaître avec précision la situation de chaque immeuble, au point de vue du droit de gage, et le maximum pour lequel il est engagé. Mais la loi devrait dire comment la dette solidaire se répartit entre les immeubles engagés ⁽²⁾.

735. En France, dans le cas où une hypothèque *générale* est inscrite sur deux immeubles, cette hypothèque générale n'est pas répartie proportionnellement à la valeur des immeubles. Le créancier hypothécaire a d'abord le droit de se faire payer intégralement sur l'un des deux immeubles à son choix, ce qui lui permet de léser, à sa guise, les uns ou les autres des créanciers inscrits postérieurement sur l'un ou l'autre immeuble. S'il n'exerce pas ce choix, la jurisprudence admet, ce qui est équitable, qu'il faut sacrifier les créanciers inscrits les derniers sur l'un et l'autre immeuble ⁽³⁾. Le système suisse de la division de l'hypothèque est certainement préférable, et coupe court à d'innombrables manœuvres au cours des procédures d'ordre; mais il faudrait ajouter à l'alinéa 1 de l'article 798 que la répartition se fait proportionnellement au prix de vente de chaque immeuble.

§ 7. Constitution et extinction du gage immobilier.

736. L'article 799 C.C.S. ⁽⁴⁾ applique au gage immobilier les règles

(1) Sous réserve du cas douteux, cité plus haut, n° 731 et ss., de la « dette réelle solidaire ».

(2) Un propriétaire a deux immeubles, l'un vaut 12000 francs, l'autre 6000 francs. Il emprunte 12000 francs gagés sur les deux immeubles (art. 798, al. 1); il emprunte encore 6000 francs gagés sur l'immeuble de 12000 francs. A la réalisation, par suite de circonstances quelconques l'immeuble de 6000 francs se vend 12000 francs, celui de 12000 francs ne se vend que 6000 francs. Le second prêteur perdra-t-il sa créance hy-

pothécaire? Selon l'équité, le premier créancier prendrait 8000 francs sur l'immeuble bien vendu, et 4000 francs sur l'autre, il resterait 2000 francs pour l'hypothèque du deuxième créancier. L'alinéa 3, s'il s'appliquait, amènerait à admettre la solution inverse, car la répartition se ferait proportionnellement à la valeur du gage au moment de sa constitution. Mais il ne paraît pas s'appliquer, et la loi ne donne pas de réponse.

(3) Planiol, II, n° 3102 à 3109.

(4) C.C.S., art. 799 : « Le gage immobilier est constitué par l'inscription au Registre

générales du Registre foncier, que nous connaissons déjà. Le gage immobilier est constitué par l'inscription au Registre foncier. La seule exception est relative aux gages légaux établis par les législations cantonales, et basés sur le Droit public, ou sur les prescriptions ayant une force obligatoire générale pour les propriétaires fonciers (1). C'est donc la suppression, très heureuse, et presque complète, des hypothèques occultes. Les exceptions au principe de la nécessité de l'inscription pour la propriété, prévues par l'article 656, alinéa 2 C.C.S., en cas d'acquisition par occupation, succession, expropriation, exécution forcée ou jugement, ne s'appliquent pas au droit de gage, selon M. Wieland (2); il semble bien, cependant, en cas de succession, que l'héritier, comme pour l'acquisition de la propriété de l'article 656, alinéa 2, est saisi de plein droit du droit de gage (C.C.S., art. 560, al. 2), mais qu'il ne peut en user qu'après avoir fait transférer l'inscription à son nom. L'observation de M. Wieland n'est donc pas absolument exacte. Par contre, il est exact qu'en cas d'attribution d'un gage par jugement, le droit ne prend naissance qu'à l'instant où il est inscrit au Registre foncier. Le jugement, cependant, supplée le consentement à l'inscription qu'il faut obtenir du débiteur du gage, dans les cas ordinaires (art. 963, al. 2 C.C.S.); cette règle, toutefois, ne s'applique qu'aux jugements créant un droit de gage nouveau (3). Il en est autrement quand le jugement constate que le créancier était déjà titulaire d'un droit de gage, à la suite d'une action en rectification (art. 975), ou quand le demandeur obtient la restitution judiciaire d'un droit de gage rayé induement (*ibid*), sous réserve des droits des tiers, dans tous les cas (art. 975, al. 2).

L'hypothèque judiciaire n'existe plus. Ce n'est pas le lieu ici de faire le procès de l'hypothèque judiciaire; nous renvoyons à ce sujet à la discussion de M. Planiol (4); nous pensons comme lui, qu'elle rend de grands services, et nous ajoutons qu'elle ne paraît pas incompatible avec le système du Registre foncier; il suffirait de conserver le principe de la spécialité quant à l'objet du gage, en faisant porter l'hypothèque judiciaire sur tous les immeubles *actuels* des débiteurs, et en l'inscrivant sur chacun d'eux; ainsi, le demandeur aura, dès le jugement obtenu,

foncier; demeurent réservées les exceptions prévues par la loi.

« Le contrat de gage immobilier n'est valable que s'il est passé en la forme authentique. »

(1) C.C.S., art. 836. Cf. Wieland, art. 799, al. 2.

(2) *Ibid*.

(3) Voir C.C.S., art. 624, al. 2, art. 651, art. 654, al. 2.

(4) Planiol, II, nos 2871 à 2875, et les auteurs cités par lui, et la note 2, sous le n° 2873, relatif à la jurisprudence belge, qui a dû trouver un équivalent pour remplacer l'hypothèque judiciaire supprimée. En sens contraire, voir Aubry et Rau, 5^e éd., III, § 265, note 2.

pratiqué une sorte de main-mise sur le patrimoine de son débiteur, ce qui évitera que celui-ci ne fasse des aliénations frauduleuses, difficiles à attaquer par l'action paulienne. Et même, dans le cas où la demande paraît bien établie, par exemple s'il s'agit d'une obligation sous seing privé que la situation embarrassée du débiteur l'empêche seule d'acquitter, il serait utile que le juge puisse accorder une inscription provisoire, analogue à celles prises par l'article 961 C.C.S. C'est une erreur que de s'imaginer protéger le débiteur en n'accordant pas toutes garanties au créancier. Les garanties et les facilités données aux créanciers sont du crédit accordé au débiteur. Elles rassurent le créancier, qui, sans risque, pourra accorder des délais et des facilités de paiement. Le meilleur crédit des emprunteurs attirera les capitaux des prêteurs; la concurrence de ceux-ci les amènera à faire de meilleures conditions.

737. Nous savons que, dans le Droit suisse, l'inscription au Registre ne crée pas le droit de propriété. De même, elle ne suffit pas à créer le droit de gage; il faut qu'il existe, avant l'inscription, un acte juridique valable, tendant à la constitution du droit de gage; en outre, il faut que le constituant ait l'exercice de ses droits civils, et qu'il ait le droit de disposer de l'immeuble. Si le constituant n'était pas propriétaire, le créancier gagiste n'en aura pas moins son droit de gage, pourvu que, d'après le Registre foncier, le constituant ait paru propriétaire, et, en outre, pourvu que le créancier soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il se trouve dans une ignorance excusable du défaut de droit de propriété chez le constituant (C.C.S., art. 973 et 974). La créance doit être valable, sinon l'inscription est injustifiée (C.C.S., art. 975). La radiation peut être demandée au moyen de l'action en rectification (C.C.S., art. 975).

738. Le contrat tendant à la constitution du droit de gage doit être authentique; c'est la règle ordinaire admise par l'article 2127 C.C.F. pour l'hypothèque conventionnelle. En Droit français, cependant, le privilège du vendeur, qui est une véritable hypothèque, peut résulter d'un acte sous seing privé; c'est une anomalie; il faut désirer que la loi décide que les ventes d'immeubles revêtent nécessairement la forme d'un acte authentique.

739. De même que la vente suisse, le contrat constitutif de gage immobilier n'est que générateur d'obligations personnelles. Il en résulte que le constituant peut, après avoir consenti un droit de gage, en consentir un second, et le deuxième bénéficiaire sera préférable s'il a pris inscription le premier, même s'il a connu l'existence du contrat constitutif de gage consenti au premier. En effet, il n'est pas considéré comme

étant de mauvaise foi, parce qu'il aurait connu l'existence antérieure d'une obligation personnelle tendant à un gage immobilier. « La bonne foi » n'est exclue que par la connaissance ou l'ignorance fautive de faits qui « rendent injustifiée l'inscription de l'aliénateur ou du constituant. La « connaissance d'engagements *personnels* du constituant ne met pas l'ac-« quéreur en état de mauvaise foi (1). » En somme, dans la matière du Registre foncier, la question de bonne foi ne se pose qu'à propos de la connaissance que peut avoir la partie de droits *réels* (2) contraires à ses prétentions, et non d'obligations personnelles.

740. Le contrat constitutif doit indiquer avec précision la nature du gage et l'immeuble engagé. Il doit s'exprimer clairement sur la personne du constituant, la somme garantie, l'objet du gage, la personne du créancier gagiste. Bornons-nous, à ce sujet, à rappeler l'article 2148 C.C.F., qui indique quels sont les renseignements que doit fournir le bordereau présenté au conservateur pour l'inscription d'une hypothèque.

741. Le droit de gage, en Suisse, étant subordonné à l'existence d'une créance, et ne pouvant naître sans elle, il en résulte que l'existence de la créance doit, en principe, être vérifiée au moment de la passation du contrat de gage. Du reste, la créance peut naître au moment même où le contrat est passé. Par exemple, le contrat de prêt peut être passé en même temps que le contrat constitutif du gage (3). Le contrat de gage est donc un contrat distinct du contrat générateur de la créance; il ne constitue pas un titre de créance. Il peut arriver, en Suisse, que la créance n'existe pas encore lorsque les parties passent le contrat de gage, c'est ce qui se produit (C.C.S., art. 824) lorsqu'une hypothèque est constituée en garantie d'une créance future ou éventuelle. Selon M. Wieland (art. 799, n° 10), le mécanisme de la constitution du gage pour ces sortes de créances est très souple; il est permis de passer un contrat de gage garantissant une créance future quelconque, sans que le titre juridique (ouverture de crédit, etc.) qui lui donnera naissance, soit mentionné; il suffit, dit l'auteur, de donner des indications générales permettant de déter-

(1) Wieland, art. 973-974, n° 7. Cf. Wieland, art. 960, n°s 1 bbb. Cf. *suprà*, n° 589 et ss.

(2) Par exemple la connaissance de l'existence d'un héritier testamentaire, alors que l'héritier légal est inscrit. Cf. C.C.S., art. 656, al. 2.

(3) En Suisse, le prêt de consommation n'est pas un contrat réel; le transfert de propriété de la chose prêtée s'opère plus tard, par tradition. Par le contrat, le prêteur s'oblige *personnellement* à transférer la

propriété. Voir C.O., art. 312. En France (voir art. 1892 C.C.F.), c'est un contrat réel, comme à Rome (cf. Girard. *Droit romain*, 5^e éd., pp. 506 et ss). On peut se demander, dans l'exemple cité au texte, s'il ne faut pas, avant l'inscription, que le prêt soit réalisé par la tradition de l'objet prêté. Nous croyons qu'il le faut; auparavant, l'inscription ne serait pas légitime, car le constituant n'est pas tenu de restituer ce qu'il n'a pas reçu (cf. Rossel et Mentha, III, p. 357).

miner sûrement, à l'avenir, la créance garantie. Par exemple, le gage peut être créé en garantie de toutes les créances éventuelles du gagiste contre le constituant, ou contre des tiers déterminés ou indéterminés (cf. C.C.S., art. 794, al. 2); mais, en ce cas, il faudra que le Registre foncier indique un montant maximum.

742. Quand la créance est actuelle et déterminée, M. Wieland ⁽¹⁾, se basant sur les règles générales relatives aux devoirs des notaires et fonctionnaires, sur la tradition et sur le droit cantonal antérieur, estime que le notaire ou le fonctionnaire instrumentant doit en vérifier l'existence. Cette vérification s'impose surtout en cas de constitution d'une cédula hypothécaire ou d'une lettre de rente, destinées à circuler avec les bénéfices de la foi publique due à l'inscription. Mais ce devoir de vérification n'oblige pas le notaire ou le fonctionnaire à s'assurer de la réalité de la créance, du versement des espèces prêtées, par exemple, ni de l'absence de vices de consentement, ni de l'exécution de la contre-prestation, ni de l'absence de simulation, de l'absence de lésion; mais il devra vérifier que le contrat ne contient pas de clause illicite, telle qu'une stipulation d'intérêts usuraires.

743. La forme authentique est exigée pour toute modification apportée postérieurement au contrat de gage, lorsque ces modifications augmentent la garantie, ou touchent à des points essentiels : augmentation de l'objet de gage, élévation de la somme garantie ou du taux, novation par changement de la cause de l'obligation. Au contraire, le dégrèvement de tout ou partie des immeubles engagés peut s'opérer par radiation de l'inscription, qui n'exige que le consentement écrit (C.C.S., art 964). La cession de la créance n'exige pas le titre authentique (art. 835-869 C.C.S.).

744. L'article 800 C.C.S. ⁽²⁾ traite du cas où l'immeuble engagé est la propriété de plusieurs. S'il s'agit de copropriété ⁽³⁾ chaque copropriétaire peut grever sa quote-part d'un droit de gage, mais sa quote-part tout entière, et non une fraction, ce qui compliquerait trop le Registre foncier. De même, du reste, un propriétaire unique ne pourrait grever une quote-part de son immeuble ⁽⁴⁾. Il en est de même en Droit allemand (C.C.A., art. 1114). Malgré l'absence de texte, il semble que l'on peut admettre la même solution en Droit français.

(1) Wieland, art. 799, n° 10. b.

(2) C.C.S., art. 800 : « Chacun des copropriétaires d'un immeuble peut grever sa quote-part d'un droit de gage.

« Dans les cas de propriété commune, l'im-

meuble ne peut être grevé d'un gage qu'en totalité et au nom de tous les communistes. »

(3) C.C.S., art. 646, voir *supra*, nos 85 et ss.

(4) Wieland, art. 800, n° 1.

745. Donc ⁽¹⁾, une quote-part appartenant à un copropriétaire peut être engagée (C.C.S., art. 800). Il en résulte que si, plus tard, l'immeuble appartient tout entier au même propriétaire, il sera, malgré le principe ci-dessus, grevé pour une quote-part seulement. L'immeuble pourra être grevé d'un nouveau droit de gage qui passera au premier rang sur les autres quotes-parts, et en second rang seulement sur la quote-part déjà grevée. Un immeuble ainsi grevé, pour moitié, d'un gage de 100,000 francs, puis grevé tout entier d'un autre gage de 100,000 francs, se vend 100,000 francs. Le créancier inscrit sur la moitié touchera intégralement le prix de cette moitié, 50,000 francs, il n'a droit à rien sur le reste. L'autre créancier vient trop tard sur la moitié grevée, mais, étant inscrit en premier rang sur l'autre moitié, il touchera les 50,000 francs restants. « Si la vente ne « porte que sur la quote-part, l'adjudicataire de celle-ci devient copro- « priétaire d'une partie de l'immeuble grevé en entier d'un droit de gage. « Dans le cas contraire (réalisation du droit de gage établi sur le tout) « le gage partiel subsiste, bien que l'immeuble devienne la propriété indi- « viduelle du dernier enchérisseur ⁽²⁾. » Lorsqu'il s'agit d'une vente vo- lontaire, ces solutions se comprennent; l'acquéreur de la quote-part prendra ses précautions, il retiendra le prix, ou conservera hypothèque sur lui-même, ou il procédera à la purge, quand il se trouve dans le cas où elle est possible (C.C.S., art. 828 et 829). Mais, quand il s'agit de vente forcée sur poursuite des créanciers, elles paraissent surprenantes au lec- teur français; d'abord, la mise en vente d'une quote-part indivise est impossible, aux termes de l'article 2205 C.C.F. ⁽³⁾. De plus, à supposer que la vente forcée d'une part indivise soit possible, et, en outre, toutes les fois qu'il s'agit d'une vente forcée d'un immeuble, il résulte de l'ar- ticle 717 du Code de Procédure civile français, modifié par la loi du 21 mai 1858, que le jugement d'adjudication transcrit *purge* les hypothè- ques. C'est la maxime « *décret forcé nettoie toutes hypothèques et droits* » ⁽⁴⁾. Donc, une fois l'immeuble vendu sur poursuites, il n'est plus grevé d'au- cune hypothèque, le droit des créanciers hypothécaires étant transporté sur le prix (C. Pr. français, art. 717, loi 21 mai 1858). Il semble résulter de l'article 135 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, modifiée par l'article 85 du Titre final du Code civil suisse, que la vente sur poursuite ne fait nullement disparaître les droits de gage immobilier, qui disparaîtront ensuite par une procédure de purge,

(1) Cf. C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1114, note, § 3. De même que dans l'art. 800 C.C.S., il s'agit de « copropriété » et non de « propriété commune ».

(2) Wieland, *ibid.*

(3) Cf. Planiol, II, n° 197.

(4) Loysel, n° 904. Voir Planiol, II, n° 1568 et 3284.

ou par une renonciation des créanciers. Il y a là une différence importante entre la notion française et la notion suisse.

746. Indépendamment de la question, que nous venons d'examiner, de la vente sur poursuite des créanciers, il y a une différence importante entre les notions suisse et allemande, et la notion française. Nous venons de voir qu'en Suisse (C.C.S., art. 800), et en Allemagne (C.C.A., art. 1114), un copropriétaire peut grever d'un droit de gage immobilier ou d'une hypothèque sa part indivise, et le créancier pourra, dans tous les cas, faire valoir son droit. En France, il en est autrement. Le Droit français ne connaît pas, du moins sous la forme et avec les conséquences admises par le Droit suisse et le Droit allemand, la distinction de la copropriété et de la propriété commune. En tous cas la copropriété, si elle ne dérive pas d'une succession ou d'un contrat de société, sera, en général, considérée comme une société de fait et suivra les règles générales des sociétés (1). Le partage des « copropriétés » produit un effet déclaratif (Cf. C.C.F., art. 883 et 1872). Il en résulte que l'hypothèque consentie par un copropriétaire ou prise contre un copropriétaire s'étendra à tout l'immeuble si celui-ci en est déclaré attributaire ou adjudicataire, et disparaîtra dans le cas contraire.

747. Lorsqu'il s'agit, non de copropriété, mais de propriété commune (2), l'article 800 C.C.S., comme l'article 1114 C.C.A., prohibe, en tous cas, l'engagement d'une quote-part. Le gage doit porter sur l'immeuble tout entier. Cette règle, qui simplifie la situation hypothécaire des immeubles, est fort pratique en Suisse, où la suppression de l'hypothèque judiciaire en rend l'application facile. Il y a là un des avantages de la suppression de l'hypothèque judiciaire; cependant il ne faut pas exagérer cet avantage; on peut fort bien concevoir un système conservant, comme en France, l'hypothèque judiciaire, et supprimant, comme en Suisse, la fiction de l'effet déclaratif du partage, de sorte que l'hypothèque judiciaire prise contre un cohéritier grèverait sa part indivise avant le partage, mais serait, après le partage, en vertu d'une disposition légale, supprimée sur la part des autres, et transférée sur la totalité de la part du débiteur, sans qu'il soit besoin de recourir à la fiction d'un effet déclaratif.

748. L'article 801 C.C.S. (3) décide que le droit de gage s'éteint par

(1) Cf. Planiol, II, n° 1986 bis.

(2) *Suprà*, n° 121 et ss.

(3) C.C.S., art. 801 : « Le gage immobilier s'éteint par la radiation de l'inscription et par la perte totale de l'immeuble.

« L'extinction, dans les cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, est régie par les lois spéciales de la Confédération et des cantons. »

la radiation de l'inscription. Il faut ajouter, puisque le droit de gage est subordonné à l'existence d'une créance, qu'il s'éteint aussi avec la créance, sous réserve de ce que nous dirons de l'hypothèque sur soi-même, et cela bien qu'il continue matériellement à figurer au Registre foncier. En ce cas, malgré l'extinction du gage immobilier, l'inscription continue à produire des effets *formels*; la *case hypothécaire* est immobilisée, le propriétaire ne peut constituer un droit de gage au même rang; en outre, s'il s'agit de cédule hypothécaire ou de lettre de rente, le droit de gage reprend vie, dans le cas où le titre a été aliéné et où le nouveau porteur est de bonne foi, quand même le droit du créancier qui a aliéné le titre était éteint pour une cause quelconque.

749. La perte totale de l'immeuble est aussi une cause d'extinction du droit de gage. S'il est payé une indemnité, elle remplacera l'immeuble vis-à-vis du créancier gagiste (art. 804 et 822 C.C.S.) ⁽¹⁾. L'expropriation pour cause d'utilité publique ⁽²⁾ entraîne l'extinction de tous les droits réels; l'indemnité est consignée et n'est payée au propriétaire que moyennant le consentement des créanciers gagistes.

750. L'article 802 C.C.S. ⁽³⁾ s'occupe, au point de vue du gage immobilier, des cas de réunions parcellaires, prévus par l'article 703. Les règles relatives aux réunions parcellaires sont une institution originale du Droit suisse, due à l'insistance du « Secrétariat des paysans », de l'Association suisse des ingénieurs agronomes, à la suite d'une expérience heureuse faite dans le canton de Saint-Gall. L'article 703 C.C.S. qui, par certains côtés, touche au Droit public, n'a pas à être commenté ici, à cet égard. Lorsqu'il s'occupe des corrections de cours d'eau, dessèchements, reboisements, chemins, il peut être rapproché des dispositions législatives françaises relatives aux syndicats agricoles (lois françaises des 21 juin 1865 et 22 décembre 1888). Mais le texte ajoute qu'il peut être procédé à des réunions parcellaires de forêts ou de fonds ruraux, en vue de l'amélioration du sol. Ces réunions parcellaires tendent à remplacer les exploitations de parcelles dispersées par une exploitation arrondie. L'article 703 n'indique pas de quelle manière se fera la réunion, il se borne à exiger

(1) Voir *infra*, nos 862 et ss., 795 et ss.

(2) Voir C.C.S., art. 666, al. 2. Cf. L. féd., 1^{er} mai 1850, notamm. art. 45 et 46. L. féd. du 31 déc. 1872, art. 12. — L. féd. du 21 mars 1876, art. 22. — L. féd. du 22 juin 1877, art. 8. — L. féd. du 24-26 juin 1889, art. 13. — L. féd. du 24 juin 1902, art. 12, 49, etc.

(3) C.C.S., art. 802 : « Lorsque des réunions parcellaires sont opérées avec le concours ou sous la surveillance d'autorités publiques,

les gages grevant les immeubles cédés passent, en conservant leur rang, sur les immeubles reçus en échange.

« Si un immeuble en remplace plusieurs qui sont grevés pour des créances différentes ou qui ne sont pas tous grevés, les droits de gage transférés sur l'immeuble le frappent pour sa contenance nouvelle et conservent, si possible, leur rang primitif. »

une majorité des deux tiers des intéressés, possédant la moitié du terrain, et ajoute que la *procédure* est réglée par le Droit cantonal. Le mot de *procédure* est insuffisant; il est nécessaire de poser des règles de fond, et de dire si la réunion parcellaire se fera par des échanges de parcelles, ou par une expropriation suivie de répartition des terrains, au cas où les intéressés ne pourront s'entendre ⁽¹⁾.

751. Avant le Code civil suisse, diverses législations avaient cherché à résoudre la question ⁽²⁾ : Le système prussien tendait à attribuer aux propriétaires fonciers des propriétés d'un seul tenant, le système de Nassau tendait à améliorer la situation des différentes parcelles d'un même propriétaire ⁽³⁾.

752. La possibilité de porter ainsi atteinte au principe de l'inviolabilité de la propriété choque la notion juridique traditionnelle française; il y aurait là, en effet, un danger incontestable, si, ce qui n'est malheureusement pas invraisemblable, d'autres soucis que celui de l'amélioration du sol, des soucis politiques, par exemple, entraient en ligne de compte. Mais, appliquée avec prudence, l'idée est excellente, et pourrait être appliquée avec fruit dans les régions rurales de la France où la propriété est très morcelée. Il convient du reste, avant d'insister sur cette idée, d'attendre le résultat de l'expérience tentée par le Code civil suisse. L'expérience de Saint-Gall est trop limitée; l'expérience faite sur tout le territoire de la Confédération sera intéressante à suivre. Cependant, dans un ordre d'idée voisin, il serait utile, en matière de bornage, de donner au juge le pouvoir de régulariser la forme des propriétés, comme cela se pratiquait à Rome, où la formule conférait au juge le pouvoir d'*adjudicatio* qui lui donnait, notamment, le pouvoir de rectifier la propriété par de petits déplacements de limites ⁽⁴⁾.

753. Pour en revenir à la question du gage immobilier, l'article 802 C.C.S. décide que, en cas de réunions parcellaires, les gages cessent de grever les parcelles cédées, et sont transportés d'office sur l'immeuble qui les remplace. Le fonctionnement de ce mécanisme est assez compliqué ⁽⁵⁾ : *A* est propriétaire du fonds *a*, *B* est propriétaire du fonds *b*; la réunion parcellaire transfère les fonds de l'une des parties à l'autre; les

(1) Wieland, art. 703, n° 2.

(2) *Ibid.*

(3) Voir loi prussienne du 2 avril 1872. L. de l'Etat de Nassau du 21 mars 1787. L. badoise du 21 mai 1886. L. bavaroise du 29 mai 1886. L. wurtembergeoise du 30 mars 1886. L. hessoise du 29 août 1887. L. alsacienne-lorraine du 30 juin 1890. *En Suisse*, Argovie, Code rural de 1875, art. 33.

— Saint-Gall, l. des 26 nov. 1865 et 20 nov 1889. — Neuchâtel, Code rural, art. 80. — Tessin, l. du 28 mai 1902. — Fribourg, l. du 17 mai 1907. — Vaud, l. du 21 mai 1907. — Valais, l. du 15 déc. 1907. — Zurich, l. forestière du 28 mai 1907.

(4) Girard, *Droit romain*, 5^e éd., p. 313, p. 1015. *Inst.* 4. 17. *De off. jud.* 6.

(5) Cf. Wieland, art. 802, n° 2.

droits de gage sont radiés et transférés sur l'autre fonds. Si une indemnité remplace en partie l'un des fonds, elle est attribuée aux créanciers gagistes (C.C.S., art. 804). Mais si, au lieu de deux parcelles échangées, il s'agit de *plusieurs* parcelles grevées de droits de gage distincts et remplacées par une parcelle *unique*, il faudra inscrire les droits de gage de manière que chaque créancier conserve une garantie identique à celle qu'il avait.

754. Ce résultat sera obtenu en représentant la garantie du créancier par un nombre qui devra rester le même lors du transfert du droit de gage sur l'autre immeuble; ce nombre doit évidemment être fonction de la valeur du gage et du montant de la créance. Plus le gage est important, plus le nombre doit être grand; plus la créance est forte, moins le gage la garantit et plus le nombre doit être faible; le nombre en question sera donc une fraction dont le numérateur est la valeur de l'immeuble, diminuée naturellement du montant des gages préférables, et le dénominateur le montant de la créance. C'est à tort, selon nous, que M. Wieland ⁽¹⁾ renverse les termes de cette fraction, ce qui n'empêche du reste pas l'exemple qu'il cite d'être exact : A est propriétaire de l'immeuble *a*, d'une valeur de 30,000 francs et de l'immeuble *b* d'une valeur de 60,000 francs. L'immeuble *a* est grevé d'un gage de 20,000 francs au profit de B et d'un autre de 10,000 francs, en second rang, au profit de C. L'immeuble *b* est grevé d'un gage de 50,000 francs en faveur de D., d'un gage de 10,000 francs au profit de E, et d'un gage de 5000 francs au profit de F. A reçoit, à la place des deux immeubles, un immeuble unique *c* valant autant : 90,000 francs. La garantie de B vaut $\frac{3}{2}$. De même, à concurrence de 40,000 francs, D a une garantie de $\frac{3}{2}$. Sur l'immeuble *c*, nous inscrirons donc B et D, le premier pour 20,000 francs, le second pour 40,000 francs. Ensuite, il nous faut diviser la créance de C en deux tranches de 5000 francs; la première tranche était garantie par les 10,000 francs restant disponibles sur l'immeuble *a*, la garantie est donc $\frac{2}{1}$; de même les 10,000 francs restant dus à D étaient garantis par 20,000 francs restant disponibles sur l'immeuble *b*; là encore la garantie est $\frac{2}{1}$. Sur l'immeuble *c*, il reste 30,000 francs disponibles, nous inscrirons donc en second rang les premiers 5000 francs de C et les derniers 10,000 francs de D, total 15,000 francs, soit toujours une garantie de $\frac{2}{1}$. Les deuxièmes 5000 francs de C ont une garantie de $\frac{1}{1}$, les 10,000 francs de E ont aussi une garantie de $\frac{1}{1}$. Sur l'immeuble *c*, nous les inscrirons en troisième rang, le total est 15,000 francs; l'immeuble laissait encore libre 15,000 francs,

(1) Wieland, art. 802, n° 2.

la garantie est encore $\frac{1}{1}$. Enfin F, dont la garantie était 0, viendra en quatrième rang avec une garantie 0.

755. Tout cela est, du reste, artificiel; en fait, l'immeuble *b* pouvait se vendre cher, et F pouvait être payé, tandis que l'immeuble *c* peut ne se vendre que 60,000 francs, et C, E, F, perdront tout, et D perdra 10,000 francs.

756. L'article 803 C.C.S., sur lequel nous n'insistons pas, permet au débiteur, en cas de réunion parcellaire, de racheter les droits de gage grevant les immeubles compris dans la réunion parcellaire, moyennant un avertissement de trois mois donnés aux créanciers gagistes.

757. L'article 804 C.C.S., transporte le droit du créancier gagiste sur l'indemnité qui remplace parfois l'immeuble grevé. Le premier alinéa semble donner à ce texte une portée générale, mais il résulte du deuxième alinéa qu'il s'agit seulement du cas de réunions parcellaires. Nous n'insisterons donc pas davantage, et reverrons, en étudiant l'article 822, le cas où une indemnité d'assurance est appelée à remplacer l'immeuble en tout ou en partie.

§ 8. Effets du gage immobilier.

758. L'article 805 C.C.S. ⁽¹⁾ décide que le gage immobilier s'étend aux parties intégrantes et aux accessoires. La question se pose de savoir si les parties intégrantes et les accessoires restent soumises au droit de gage même après leur séparation du fonds. En principe, au moment de la séparation, la partie intégrante ou l'accessoire perd son caractère et le droit de gage cesse de les grever.

759. Le Code civil français dans son article 2118 contient une disposition analogue à celle de l'article 805 C.C.S. D'après le texte suisse, les parties intégrantes sont grevées du gage sans qu'il soit besoin de les mentionner dans l'inscription, ce qui est naturel. Les accessoires doivent être expressément désignés dans l'acte d'affectation et mentionnés au *Registre foncier*; alors ils sont présumés avoir la qualité d'accessoires; mais, même alors, cette présomption cédera devant la preuve contraire. De même, en France, il est permis de contester la qualité d'accessoire d'un objet mobilier. Par exemple, les créanciers chirographaires pourront soutenir

(1) C.C.S., art. 805 : « Le gage immobilier frappe l'immeuble avec ses parties intégrantes et ses accessoires.

« Les objets désignés expressément comme accessoires dans l'acte d'affectation et mentionnés au *Registre foncier*, notamment les

machines ou un mobilier d'hôtel, sont présumés tels, s'il n'est pas prouvé que cette qualité ne peut leur être attribuée aux termes de la loi.

« Les droits des tiers sur les accessoires demeurent réservés.

qu'un mobilier d'hôtel n'est pas accessoire de l'immeuble, parce que l'immeuble n'a pas été construit spécialement comme hôtel; le mobilier échappera donc aux créanciers hypothécaires (1). L'alinéa 2 de l'article 805 ne dit pas, du reste, si des accessoires peuvent être grevés par le gage sans figurer dans l'acte d'affectation ni être mentionnés au Registre foncier. Il semble résulter des termes de l'alinéa 1 que le gage les greève, mais que, ces objets n'étant pas présumés accessoires, le créancier gagiste devra prouver qu'ils ont bien cette qualité. Le texte gagnerait en clarté, si ce point était mieux précisé.

760. En ce qui concerne les fruits, la Loi sur les poursuites et faillites, dans son article 94, alinéa 2, contient une disposition spéciale, d'après laquelle les droits du créancier gagiste priment ceux du créancier simple, même après la séparation, pourvu que le créancier gagiste ait intenté une poursuite en réalisation du gage avant la vente forcée des fruits. Le Droit français présente des dispositions correspondantes, dans les articles 681, 682 et 685 du Code de procédure civile : à partir de la transcription de la saisie, les fruits naturels et industriels, et les fruits civils sont immobilisés, et le prix en est distribué par ordre d'hypothèque avec le prix de l'immeuble. Il faut penser que, si, par suite d'une négligence des créanciers hypothécaires, le prix de l'immeuble est distribué seul, le prix des fruits ne peut plus leur être attribué, car l'*immobilisation* de ce prix est basée sur une fiction; la disposition de la loi est exceptionnelle et doit être appliquée restrictivement; après la distribution du prix de l'immeuble, la séparation de l'immeuble et des fruits est définitive, et les fruits ou leur prix ont perdu définitivement leur caractère d'accessoire (2).

761. Le Code civil allemand s'occupe de la même question de l'hypothèque s'étendant aux parties intégrantes, accessoires et fruits, dans les articles 1120 à 1124.

762. Nous venons de voir que la mention des accessoires dans le Registre foncier, faite conformément aux termes de l'article 805, alinéa 2, produit ce résultat que leur caractère juridique d'accessoires est présumé. Elle produit encore un autre résultat, selon M. Wieland (3) : les parties, par une désignation expresse dans l'acte d'affectation, et par une mention au Registre foncier, peuvent donner à des objets mobiliers, par exemple à un mobilier d'hôtel, le caractère d'accessoires, alors même que l'usage local leur refuserait ce caractère. Cette solution est exacte en Droit suisse, et dérive des termes de l'article 644, alinéa 2, qui permet au

(1) Voir les arrêts cités dans Dalloz, *Code civil annoté*, art. 524, 525, n° 81.

(2) Voir *infra*, n° 766.

(3) Wieland, art. 805, n° 6.

propriétaire de créer des accessoires de son immeuble, en manifestant clairement sa volonté, et pourvu que les objets mobiliers soient affectés d'une manière durable à l'exploitation, à la jouissance, ou à la garde de la chose principale, et qu'ils y soient joints, adaptés ou rattachés pour le service de la chose. Le Code suisse paraît donc donner au propriétaire la faculté de créer des accessoires plus facilement que le Code civil français, d'après lequel des objets mobiliers ne peuvent être considérés comme accessoires d'un immeuble que dans le cas où ils rentrent dans les catégories définies par les articles 522, 523, 524 et 525 C.C.F. Notamment, en Suisse, un mobilier d'hôtel pourra être l'accessoire d'une maison exploitée comme hôtel, bien qu'elle ne soit pas spécialement construite pour cet usage. En France, quelle que soit l'intention du propriétaire, le mobilier d'une maison non construite pour être un hôtel, mais affecté à l'usage d'hôtel, ne sera jamais immeuble par destination ⁽¹⁾.

763. La mention des accessoires au Registre foncier n'est pas une inscription, et n'est donc pas au bénéfice de la foi publique due au Registre foncier. Elle ne met pas obstacle à l'aliénation des accessoires. Les objets mobiliers accessoires peuvent être indiqués génériquement ⁽²⁾; par exemple la mention peut indiquer un mobilier d'hôtel d'une valeur de 60,000 francs. En ce cas, les objets acquis en remplacement de ceux qui ont été aliénés leur sont substitués. Il en est autrement lorsque les objets ont été indiqués individuellement.

764. L'alinéa 3 de l'article 805 réserve les droits des tiers, propriétaires, gagistes, etc. sur les accessoires. Lorsqu'un objet mobilier est indûment mentionné comme accessoire au Registre foncier, il risque d'être perdu pour son véritable propriétaire, ou pour celui qui avait sur cet objet un droit de gage. Il faudra appliquer ici les règles de l'article 934 C.C.S. sur les choses perdues ou volées, et les principes relatifs à la bonne foi. Il faut remarquer que, d'après l'article 715, alinéa 1 C.C.S., le pacte en vertu duquel l'aliénateur se réserve la propriété d'un meuble transféré à l'acquéreur n'est valable que s'il a été inscrit dans un registre public *ad hoc* ⁽³⁾. Il faut en conclure que l'acquéreur d'un droit réel sur un immeuble et ses accessoires ne peut être considéré comme étant de bonne foi relativement à un meuble mentionné comme accessoire, lorsque ce meuble figure dans le registre *ad hoc* comme n'étant pas disponible entre les mains de la personne qui a constitué le gage.

(1) Voir Dalloz, *Code civil annoté*, art. 524, 525, n° 81, références de jurisprudence.

(2) Wieland, art. 805, n° 6.

(3) Ce pacte de réserve de propriété est prohibé dans le commerce de bétail, C.C.S., art. 715, al. 2.

765. Le droit de gage s'étend aussi aux droits accessoires, tels que les servitudes, les concessions hydrauliques (Cf. C.C.S., art. 730 et ss., 674, al. 1. 675, al. 1, 676. Titre final, art. 56. C.C.S., art. 655 et ss., 779). La même notion se trouve dans les articles 526 et 2118 C.C.F., et dans les articles 1120, 1121 et 1122 C.C.A.

766. L'article 806 C.C.S. ⁽¹⁾ étend la garantie du gage immobilier aux loyers et fermages qui ont couru à partir de la demande en réalisation du gage, ou à partir de la faillite. Cette disposition rappelle celle de l'article 685 du Code français de procédure civile, qui déclare *immobilisés* les loyers et fermages à partir de la transcription de la saisie, et décide qu'un simple acte d'opposition entre les mains du locataire ou du fermier vaudra saisie-arrêt. Nous avons déjà parlé de ce texte ⁽²⁾. Ces dispositions sont très heureuses en pratique; cependant, en Suisse, l'article 806 n'a été admis que lors de la délibération de la commission d'experts ⁽³⁾. Il est vrai que les créanciers chirographaires étaient en droit de compter sur les loyers et fermages pour leur paiement; mais il fallait bien fixer le moment où ce droit leur échappe, comme il doit nécessairement leur échapper lors de la vente de l'immeuble sur saisie.

767. Le Code civil allemand, à ce sujet, présente, dans ses articles 1123 et 1124, des dispositions plus compliquées. Dans le système allemand, l'hypothèque, dès l'origine, s'étend à la créance de loyers ou de fermages, même avant toute saisie. Mais la créance échappe à l'hypothèque un an après l'échéance; si elle est payable d'avance, elle n'échappe à l'hypothèque qu'à l'expiration du trimestre qui suit le trimestre en cours. En outre, si le loyer ou fermage a été perçu par le propriétaire, ou cédé à un tiers, ou engagé, ces divers actes sont opposables au créancier hypothécaire; mais les paiements anticipés, cessions, engagements, ne sont pas opposables aux créanciers hypothécaires lorsqu'il s'agit de loyers ou fer-

(1) C.C.S., art. 806 : « Le gage grevant un immeuble donné à bail comprend également les loyers ou fermages qui ont couru, depuis la poursuite en réalisation de gage commencée par le créancier ou la déclaration de faillite du débiteur, jusqu'au moment de la réalisation.

« Ce droit n'est opposable aux locataires et fermiers qu'après la notification à eux faite de la poursuite ou après la publication de la faillite.

« Les actes juridiques du propriétaire relativement à des loyers ou des fermages non échus, ou la saisie de ces prestations par d'autres créanciers, ne sont pas opposables au créancier qui a poursuivi en réalisation

de son gage avant l'époque où loyers et fermages sont devenus exigibles. »

(2) *Suprà*, n° 760. L'assimilation de l'opposition à une saisie-arrêt vient à l'appui de ce que nous avons soutenu en disant que, une fois le prix de l'immeuble distribué séparément, les créanciers hypothécaires ne peuvent plus se prévaloir de l'immobilisation des loyers et fermages. Il s'agit ici de procédure stricte; de même que le défaut de demande en validité et le défaut de dénonciation de saisie-arrêt rendent celle-ci nulle (C. Pr. civ., art. 565), de même le défaut de distribution des loyers et fermages *en même temps* que le prix de l'immeuble suppriment l'*immobilisation*.

(3) Cf. Procès-verbaux p. 231 et ss.

mages postérieurs au trimestre qui suit le trimestre en cours. Le but de cette disposition est facile à comprendre : il ne faut pas que le créancier hypothécaire voie son gage diminué par des paiements anticipés, des cessions ou des engagements de loyers ou de fermages. Poursuivant le même but, la loi française du 23 mars 1855, article 2, § 5, décide que tout acte ou jugement constatant, même pour un bail de moins de 18 ans, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus, sera soumis à la transcription ; il en résulte que ces divers actes, même transcrits, ne seront pas opposables aux créanciers hypothécaires inscrits antérieurement. La durée de trois ans, fixée par la loi, est trop longue ; il serait naturel que le débiteur soit privé du droit de disposer, au préjudice des créanciers hypothécaires antérieurs, des loyers et fermages devant courir après l'expiration de l'année qui suivra l'acte (1). Le délai de la loi allemande, qui est au maximum de six mois, paraît, par contre, trop court ; il serait naturel de laisser au propriétaire le libre maniement de ses revenus d'une année.

768. Comme on voit, le système allemand est l'inverse des systèmes français et suisse ; dans le premier système, l'hypothèque frappe d'office les loyers et fermages, mais ils y échappent facilement ; dans les systèmes français et suisse, l'hypothèque ne s'étend à eux qu'à partir d'un acte, poursuite, transcription de saisie, propre à avertir l'intéressé. La différence est plus théorique que pratique.

769. Avec l'article 807 C.C.S. (2), nous trouvons une disposition qui s'écarte complètement de la notion française. D'après ce texte, la créance garantie par un gage immobilier est imprescriptible. Cette imprescriptibilité s'étend même aux créances dont le montant est indéterminé ou variable, comme par exemple, la créance qui résulte d'une ouverture de crédit. Il en résulte que les intérêts ne sont prescriptibles qu'à partir du moment où ils ne sont plus garantis par le gage, c'est-à-dire à partir de l'expiration de la troisième année qui suit l'échéance de chaque prestation (C.C.S., art. 818, § 3).

770. Cette règle, assez rigoureuse pour le débiteur, est très favorable au créancier, et, par suite, elle favorise le crédit immobilier. Elle est le complément logique des règles générales du Registre foncier, et notamment des règles relatives à la prescription des immeubles. Une inscription faite au Registre foncier est faite une fois pour toutes ; aucun délai ne peut la rendre inefficace. La créance est protégée par l'inscription.

(1) Cf. Planiol, II, n° 2511.

(2) C.C.S., art. 807 : « L'inscription d'un

gage immobilier rend la créance imprescriptible. »

771. Le système français est également logique. Admettant la prescriptibilité des immeubles, malgré les transcriptions, il admet de même la prescriptibilité de la créance hypothécaire, et celle de l'hypothèque. Le Droit français, il est vrai, a abrogé la vieille règle d'après laquelle, pendant dix ans après l'extinction d'une créance par la prescription, l'hypothèque continuait à exister, quand l'immeuble était resté entre les mains du débiteur, cela pour protéger une obligation naturelle qui subsistait (1), et il a décidé (C.C.F., art. 2180, 4^o) que l'hypothèque ne survivrait pas à la créance éteinte par la prescription.

772. D'autre part, en France, l'inscription hypothécaire doit être renouvelée tous les dix ans (C.C.F., art. 2154). Quand ce délai est expiré sans renouvellement, il n'y a pas prescription de la créance ou de l'hypothèque, qui subsistent; c'est un simple délai préfix; l'hypothèque sera primée par les inscriptions prises dans l'intervalle, et c'est tout. L'hypothèque s'éteindra lorsque la créance s'éteindra par la prescription (C.C.F., art. 2180, 1^o et 4^o al. 1); la durée de cette prescription est, en principe, de trente ans (C.C.F., art. 2262); parfois, elle peut être plus courte (voir C.C.F., art. 1304, 475, 1792 et 2270, C. Instruction criminelle, art. 2 et 637. C.C.F., art. 2277, 1676, etc.) (2).

773. En outre, l'hypothèque peut, en France, s'éteindre par prescription indépendamment de la créance, mais cette prescription ne se produira que comme conséquence de la prescription extinctive qui se produit au profit d'un tiers-détenteur. Ceci ne signifie pas que le tiers détenteur doive acquérir l'immeuble par prescription; il peut tenir l'immeuble du véritable propriétaire et n'avoir pas besoin de le prescrire; en ce cas il n'en prescrira pas moins l'hypothèque seule. En outre, le délai des deux prescriptions peut être différent (3): l'acquéreur peut être de bonne foi vis-à-vis du véritable propriétaire et de mauvaise foi vis-à-vis du créancier hypothécaire, ou inversement; en cas de bonne foi vis-à-vis des deux, l'un peut être *présent* et l'autre *absent*, une seule des deux prescriptions peut être suspendue, par exemple pour cause de minorité; enfin le point de départ est différent: pour l'immeuble, c'est l'entrée en possession (4); pour l'hypothèque, c'est la transcription.

774. L'article 223 C.C.A. présente une différence importante avec l'article 807 C.C.S. En Allemagne, la créance pour laquelle une hypothèque ou un gage a été constituée est prescriptible; mais, en cas de pres-

(1) L. *cum notissimi*; au Code: *De prescriptione triginta vel quadraginta annorum*. Livre VII, tit. 39, l. 7. Voir Planiol, II, n° 3395.

(2) Voir l'énumération complète dans Pla-

niol, II, n° 633 et ss.

(3) Voir Planiol, II, n°s 3405, 3406.

(4) Jurisprudence en ce sens. Voir Planiol, I, n° 2665 — II, n° 3404.

cription, seule l'obligation personnelle est prescrite. Ce que l'on peut appeler la *créance réelle* est imprescriptible, de sorte que le créancier, malgré la prescription, conserve le droit de se faire payer sur le bien hypothéqué ou donné en gage. Le système allemand est d'une logique encore plus rigoureuse que le système suisse; avec le principe du Livre foncier *incontestable*, on comprend que le droit réel résultant de l'hypothèque soit imprescriptible, et on comprend aussi que cette imprescriptibilité ne s'étende pas à la créance personnelle, qui n'a rien de commun avec le Livre foncier. Il y a cependant quelque chose de surprenant dans ce dédoublement de la créance; le système suisse, conservant l'unité de la créance, est peut-être plus pratique que le système allemand. Le texte suisse n'est pas la conclusion d'un raisonnement logique théorique, c'est un texte de droit pratique, arbitraire sans doute, mais simple.

§ 9. *Mesures prises en cas de dépréciation de l'immeuble.*

775. Nous trouvons dans les articles 808, 809, 810 C.C.S. ⁽¹⁾ une disposition qui a son correspectif dans le Code civil français, sous une forme, du reste, différente. Il s'agit, dans ce texte, et dans ceux qui le suivent, de donner au créancier hypothécaire le droit de surveiller l'immeuble et de prendre certaines mesures au cas où il viendrait à être déprécié. Ce droit paraît être en contradiction avec le principe même de l'hypothèque, en donnant à ce mot son sens général, qui englobe le gage immobilier suisse. En effet, l'hypothèque diffère précisément des autres sûretés réelles immobilières en ce qu'elle n'entraîne pas le transfert de la propriété, comme le fait se produit pour l'aliénation fiduciaire, ni le transfert de la possession, comme le fait se produirait pour un *gage* immobilier, dans le sens que la langue française juridique donne au mot de gage. Il en résulterait, semble-t-il, que l'*hypothèque* ne confère au créancier aucun droit sur l'immeuble jusqu'au moment où il exerce son action hypothécaire, ou, tout au moins, jusqu'à l'échéance de la créance. Cependant, au point de vue pratique, il est évident que le droit du créancier risquerait de deve-

(1) C.C.S., art. 808 : « Lorsque le propriétaire diminue la valeur de l'immeuble grevé, le créancier peut lui faire intimer par le juge l'ordre de cesser tous actes dommageables.

« Le créancier peut être autorisé par le juge à prendre les mesures nécessaires et il a même le droit, s'il y a péril en la demeure, de les prendre de son chef.

« Les frais lui sont dus par le propriétaire et le remboursement en est garanti, sans inscription au registre foncier, par un droit

de gage qui prime les charges inscrites sur l'immeuble. »

Art. 809 : « En cas de dépréciation de l'immeuble, le créancier peut exiger de son débiteur des sûretés ou le rétablissement de l'état antérieur.

« Il peut aussi demander des sûretés s'il existe un danger de dépréciation.

« Il est en droit de réclamer jusqu'à due concurrence le remboursement de la dette, lorsque le débiteur ne s'exécute pas dans le délai fixé par le juge. »

nir illusoire si le créancier n'avait pas le pouvoir d'empêcher le propriétaire de l'immeuble hypothéqué de diminuer la valeur de cet immeuble.

776. C'est pourquoi le Code civil suisse, dans les articles 808 et 809, prend des mesures de précaution dans le cas où l'immeuble soumis au droit de gage est déprécié par la faute du propriétaire, et prévoit, dans l'article 810, le cas où l'immeuble est déprécié sans le fait ni la faute du propriétaire.

777. Dans le premier cas, qu'il s'agisse d'actes positifs ou d'actes d'omission du propriétaire, de nature à déprécier l'immeuble, le créancier peut faire intimer au propriétaire, par le juge, l'ordre de cesser tous actes dommageables. En outre, il peut être autorisé à prendre les mesures nécessaires, et même à les prendre lui-même, s'il y a péril en la demeure. Au cas où la dépréciation résulte d'un fait déjà accompli, la situation est réglée par l'article 809, al. 1 et 3. Si la dépréciation est seulement à craindre, la situation est réglée par l'article 809, al. 2.

778. Les dépréciations de l'immeuble peuvent résulter soit d'actes positifs, soit d'omissions. Les actes positifs peuvent consister notamment en un *abus* du droit de propriété, dans le sens du mot latin *abusus*, par exemple en la démolition d'un bâtiment, même justifiée par un intérêt esthétique ou autre, ou en une coupe à blanc, même justifiée par un besoin d'argent raisonnable et basée sur des motifs de bonne administration de la fortune générale du propriétaire de l'immeuble. Les omissions peuvent consister en un abandon de culture, abandon d'un bâtiment sans réparations, interruption de l'exploitation d'un bâtiment industriel, etc. Les auteurs ⁽¹⁾ admettent qu'il y a dépréciation quand le propriétaire ne renouvelle pas une assurance, mais non quand il néglige de contracter une assurance. C'est logique; un immeuble assuré est déprécié quand l'assurance disparaît; ne pas contracter une assurance, alors qu'il n'en existait pas auparavant, c'est simplement négliger d'améliorer l'immeuble, et non le déprécier. En pratique, le contrat constitutif de gage imposera presque toujours au propriétaire du bâtiment engagé l'obligation de l'assurer.

779. Lorsqu'il s'agit d'une dépréciation, non plus matérielle, mais juridique, par exemple de la renonciation à une servitude active établie en faveur de l'immeuble, l'article 808 ne s'applique plus; en ce cas, comme nous l'avons déjà vu, l'article 964, alinéa 1, exige le consentement des ayants droit, et notamment du créancier gagiste, pour toute radiation ou modification des inscriptions.

(1) Cf. Wieland, art. 808, n° 2. b et les auteurs cités.

780. Selon M. Wieland ⁽¹⁾, « la dépréciation ne donne de droit au créancier gagiste que lorsque l'objet matériel du gage ne constitue plus une « sûreté suffisante, c'est-à-dire lorsque la somme garantie n'est plus entièrement couverte par la valeur du gage ». Il est certain, comme le fait remarquer l'auteur, que l'article 809, alinéa 3, prévoyant « la faculté de réclamer un remboursement suffisant » pour la garantie du créancier, fournit un excellent argument à l'appui de l'interprétation de M. Wieland; le législateur suisse estime que le créancier a droit à une garantie « suffisante », et non à une garantie dépassant notablement sa créance. En outre, il est également certain que le propriétaire, qui conserve le libre maniement de son immeuble, ne doit pas être privé de son droit de faire de sa propriété ce que bon lui semble. Par contre, l'intérêt du crédit immobilier exige que le créancier soit largement garanti; on pourrait, à ce point de vue, considérer comme utile une interdiction absolue faite au propriétaire de déprécier ou laisser déprécier dans une mesure quelconque la valeur du gage. En somme, il ne faut pas trancher la question en principe; le propriétaire doit conserver sa libre disposition de l'immeuble; par contre, le créancier doit conserver la garantie à laquelle il a droit; c'est le juge qui appréciera et tranchera la question, en équité, dans chaque espèce.

781. Toujours d'après M. Wieland ⁽²⁾, « la valeur de l'immeuble « qu'il y a lieu de prendre en considération est celle qu'il possédait au « moment de la constitution du gage ». C'est une interprétation équitable; le créancier ne peut prétendre à une garantie supérieure à celle qui a été prévue lorsqu'elle lui a été accordée. Il en est autrement en Droit français, où, d'après l'article 2133 C.C.F., l'hypothèque s'étend de plein droit aux améliorations, et où, dès lors, les parties savent que la valeur du gage peut augmenter et mieux garantir le créancier. Du reste, en Suisse, les circonstances peuvent démontrer que l'intention des parties a été contraire; par exemple, on peut citer le cas où une banque a ouvert un crédit pour permettre au propriétaire d'élever des constructions, et où l'intention des parties a été que la créance soit précisément garantie par la valeur du fonds, telle qu'elle sera à l'achèvement des constructions.

782. La sanction, dans les divers cas de dépréciation ou détérioration de l'immeuble, est variable suivant les cas. S'il s'agit d'actes positifs, le créancier gagiste pourra faire intimer au propriétaire l'ordre de cesser

(1) Wieland, art. 808, n° 3. *Contrà* Escher, p. 202. — Ullner, n° 1196.

(2) Wieland, art. 808, n° 3 en ce sens. Escher, p. 200 et ss. *Bl. Zürch. Rsp.* 2, n° 2.

(Chambre des recours, 22 oct. 1902). *Contrà* *Bl. Zürch. Rsp.* 2, n° 108 (Cass. 27 févr. 1903).

les actes dommageables. Selon M. Wieland, le juge peut accompagner un ordre d'une menace d'amende, que nous appelons, en Droit français, une astreinte. L'ordre du juge peut s'adresser directement au fermier, au locataire, car le droit du créancier gagiste est de nature réelle et absolue. En cas de refus d'obéissance, le propriétaire peut se voir enlever la disposition de son immeuble par la nomination d'un séquestre.

783. En outre, dans le même cas, et aussi lorsqu'il s'agira d'omissions dommageables, le créancier peut faire ordonner que les mesures nécessaires soient prises. Le juge commencera par sommer le créancier de prendre ces mesures, puis, en cas de désobéissance, il autorisera le créancier à faire le nécessaire. S'il y a péril en la demeure, le créancier pourra même prendre les mesures nécessaires lui-même, de son chef; ceci est peut-être contraire au principe que l'on ne doit pas se faire justice à soi-même; mais, en présence d'un danger imminent, personne ne pourra blâmer le créancier de veiller à ses intérêts, alors qu'il ne s'agit pas de nuire au débiteur, mais plutôt de lui être utile.

784. Si la dépréciation, au lieu d'être simplement commencée, ou imminente, constitue déjà un fait accompli, l'article 809, alinéa 1, donne au créancier le droit de demander des sûretés ou le rétablissement de l'état antérieur. En cas de non-exécution de la part du débiteur, le créancier peut exiger un remboursement proportionnel.

785. Lorsque le créancier a fait des avances : primes d'assurance, frais de réparations, etc., ces impenses sont garanties (art. 808, al. 3) par un droit de gage non inscrit qui prime les charges inscrites sur l'immeuble. Ces déboursés, en effet, ont profité à l'immeuble, donc à tous les créanciers inscrits. Nous avons, en France, une institution analogue, sous le nom de « frais faits pour la conservation de la chose »; mais ce privilège n'existe dans la loi française, d'une manière générale, qu'en ce qui concerne les meubles (C.C.F., art. 2102, 3^o) (1). Pour les immeubles, en France, lorsqu'il s'agit de réparations, reconstruction, paiement des ouvriers, il existe un privilège qui est soumis aux conditions rigoureuses édictées par l'article 2103, 4^o et 5^o. Si les dépenses qui ont profité à l'immeuble sont relatives à des actes juridiques, interruption d'une prescription, par exemple, le créancier qui en aura fait l'avance sera privilégié pour les frais de justice, et la dépense, qui aura profité à d'autres créanciers, en leur

(1) Voir Aubry et Rau, 5^e éd., III, § 261, p. 258, note 50^{ter}. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, 475. Civ. rej., 23 juin 1862. S. 63. I. 205. D. 63. I. 243. Paris, 15 nov. 1875. S. 77. 2. 208. D. 77. 2. 99. Il est illogique que ce privilège n'existe pas en France,

pour les frais qui ont conservé l'immeuble, car ils l'ont conservé aussi bien pour les créanciers hypothécaires que pour le propriétaire. Voir cependant Planiol, II, n^{os} 2552, 2553.

conservant leur gage, passera peut-être avant les créances de ceux-ci (1).

786. Il y a une certaine difficulté à concilier les termes de l'article 809, alinéa 2, avec ceux de l'article 808 C.C.S. Lorsqu'il existe seulement un *danger de dépréciation*, il semble que l'article 808 donne au créancier le droit de faire prendre ou de prendre les mesures nécessaires pour empêcher la dépréciation, tandis que l'article 809, alinéa 2, lui donne seulement le droit de demander des sûretés. M. Wieland (2) cite le cas où le créancier apprend la conclusion d'un contrat ayant pour objet la vente des arbres d'une forêt. En ce cas, nous pensons que le créancier peut faire ordonner que la coupe n'aura pas lieu, si elle est contraire au mode d'exploitation normal de la forêt. De plus, le créancier pourra, en général, exercer l'action paulienne ou révocatoire des articles 285 et ss. de la loi des poursuites (cf. art. 1167 C.C.F.). Nous pensons, en outre, que le créancier a le choix entre les moyens que lui donnent, d'une part, l'article 808, et, d'autre part, l'article 809, alinéa 2.

787. Les sûretés prévues par l'article 809 peuvent revêtir diverses formes; elles peuvent consister en un droit de gage sur d'autres immeubles, ou sur des meubles, ou sur des créances, ou en une caution personnelle, ou dans l'attribution au créancier d'un rang meilleur, etc.

788. Faute de fournir ces sûretés, le débiteur pourra être contraint de payer une somme suffisante pour que le créancier soit garanti comme auparavant pour le reste de sa créance. Si l'immeuble appartient à un autre que le débiteur personnel, c'est à ce dernier, et non au propriétaire, selon M. Wieland (3), que devra être adressée la demande de remboursement, sauf, en cas de non-paiement par lui, à intenter contre le propriétaire la poursuite en réalisation du gage (Loi des poursuites, art. 41), pour couvrir le créancier du montant partiel dont le remboursement a été ordonné par le juge.

789. L'article 810 (4) prévoit le cas où la dépréciation se produit sans que le propriétaire soit en faute. Ces sortes de dépréciation peuvent être causées par des accidents naturels, inondations, éboulements, etc. (5), par des accidents imputables à des tiers, incendie criminel, incendie com-

(1) Cf. Planiol, II, n^{os} 2552, 2553.

(2) Wieland, art. 808, n^o 4.

(3) Wieland, art. 809, n^o 5.

(4) C.C.S., art. 810: « Les dépréciations qui se produisent sans la faute du propriétaire ne confèrent au créancier le droit d'exiger des sûretés ou le remboursement partiel, que dans la mesure où le propriétaire est indemnisé pour le dommage subi.

« Toutefois, le créancier est autorisé à

prendre des mesures pour parer aux dépréciations ou pour les empêcher; les frais lui sont garantis, préférablement à toutes charges inscrites, par l'immeuble même, sans inscription au Registre foncier, mais le propriétaire n'en est pas tenu personnellement. »

(5) Rappelons qu'aux termes de l'art. 801 C.C.S., le gage immobilier s'éteint par la perte totale de l'immeuble.

muniqué par l'immeuble voisin, par le « fait du prince », suppression ou changement du parcours d'une route, par un phénomène économique, baisse de la valeur des immeubles d'une région (1), etc.

Dans ces divers cas, le créancier n'a droit au remboursement, ou n'a le droit d'exiger des sûretés, que dans la mesure seulement où le propriétaire reçoit lui-même une indemnité.

790. M. Wieland (2) fait observer, à propos de l'article 810, que le législateur a raisonné comme si le débiteur était toujours la même personne que le propriétaire de l'immeuble engagé, ce qui rend la question un peu obscure, et crée parfois des anomalies. Par exemple, si le propriétaire est assuré, il sera indemnisé; or, la lettre de l'article 810 indique qu'en ce cas le débiteur, qui ne reçoit rien, devra un remboursement partiel, et le propriétaire, après ce remboursement, va avoir en mains une somme non soumise au droit de gage, au lieu d'un immeuble engagé. Il est vrai que l'article 822, que nous retrouverons, résout autrement la question : en combinant ce texte avec l'article 810, on peut décider que le débiteur pourra refuser le remboursement partiel au créancier qui aura autorisé sans précaution le propriétaire à toucher son indemnité, au lieu d'exiger qu'il rétablisse l'immeuble en son état primitif au moyen de l'indemnité d'assurance.

791. Toujours aux termes du même article 810, le créancier peut encore prendre les mesures nécessaires pour parer aux dépréciations, ou pour les empêcher. Les frais ainsi avancés par lui sont garantis par l'immeuble, sans inscription au Registre foncier, avant toutes charges inscrites, comme dans le cas de l'article 808. Cette dispense d'inscription, qui rétablit, sur ce point, la fâcheuse institution des hypothèques occultes, est regrettable; il est juste que les avances faites par le créancier priment les diverses créances, puisqu'elles leur sont utiles, mais un prêteur nouveau pourra être trompé par le Registre foncier qui ne lui révélera pas cette charge. En lisant le texte des articles 808 et 810, on peut admettre que le droit de gage occulte est opposable aux titulaires des charges inscrites antérieurement, mais non à ceux des charges qui grèveront ultérieurement l'immeuble. En supposant une série d'hypothèques inscrites, avec droit d'avance en rang, comme le permet l'article 814, alinéa 3 C.C.S., et en les supposant toutes remboursées et éteintes, il est difficile d'admettre, et les articles 808 et 810 souffrent l'interprétation contraire, qu'un

(1) M. Wieland (art. 810, n° 1) cite, en effet, comme cas de dépréciation, la baisse du prix des immeubles à la suite d'une crise immobilière. Il nous semble douteux que le

créancier puisse agir en ce cas; c'est un objet matériel qui est soumis au droit de gage; ici, il n'a pas changé.

(2) Wieland, art. 810, n° 1, note.

créancier nouveau puisse se voir opposer un droit de gage occulte passant au premier rang.

792. Nous allons, maintenant, examiner les dispositions du Droit français relatives aux diverses questions résolues par les articles 808, 809 et 810 C.C.S. Cependant, c'est plus loin, en étudiant l'article 822 C.C.S., que nous examinerons la question de l'attribution des indemnités d'assurance.

793. Lorsqu'il y a perte totale ou partielle de l'immeuble, survenue sans la faute du débiteur, nous avons vu que l'article 810 C.C.S. ne confère de droits au créancier que dans le cas où le propriétaire est indemnisé, faute de quoi le gage disparaît purement et simplement, en cas de perte totale, aux termes de l'article 801 C.C.S., ou, en cas de perte partielle, est réduit à l'immeuble dans son nouvel état.

794. Au contraire, en cas de perte ou détérioration fortuite, l'article 2131 C.C.F. confère au créancier le droit d'exiger immédiatement son remboursement ou un supplément d'hypothèque. Lorsque la détérioration est à craindre seulement, on peut admettre, en France, que le créancier pourrait demander, par référé, des mesures d'urgence, et faire intimer au propriétaire des défenses, sanctionnées par des astreintes. En outre le débiteur pourrait être déchu du terme, par application de l'article 1188 C.C.F. (1).

795. Toujours en France, et dans le cas où le débiteur n'est pas en faute, quand la perte ou la détérioration donne lieu à des indemnités en argent, autres que des indemnités d'assurance, sur lesquelles nous reviendrons, il y a lieu de rechercher si cette circonstance confère des droits au créancier. (2) Tout d'abord, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, la question est tranchée par la loi du 3 mai 1841. En ce cas, les créanciers hypothécaires peuvent empêcher leur débiteur de vendre de gré à gré à l'administration, et peuvent exiger que l'indemnité due au propriétaire soit réglée par le jury d'expropriation. Ils ont, du reste, un délai de quinze jours pour s'inscrire, s'ils ne le sont déjà, à partir de la transcription du jugement d'expropriation. S'ils n'usent pas de ce délai, l'immeuble est purgé de tous privilèges et hypothèques. Le droit des créanciers hypothécaires est transféré de l'immeuble sur le prix (3). Des dispositions analogues se trouvent dans la loi de finance du 13 avril 1900, article 3, pour les acquisitions amiables faites en dehors de toute procédure d'expropriation pour une mise à l'alignement (4).

(1) Cf. Dalloz. *Code civil annoté*, art. 2131, n° 39. Voir Huc, XIII, n° 224.

(2) Cf. Planiol, II, nos 3413, 3439, 3378.

(3) Planiol, II, nos 3378-3439.

(4) Voir Planiol. *Revue critique*, 1911, p. 157.

796. Dans le cas de l'expropriation pour cause d'utilité publique, il y a un prix dû par l'administration, qui est un acquéreur de l'immeuble; on comprend qu'il n'y ait pas de difficulté à transférer le droit du créancier hypothécaire sur ce prix. Mais, dans d'autres cas, il n'y a pas d'acquéreur de l'immeuble, ce qui rend la question plus complexe. Dans le Droit français, tel qu'il était dans la première période qui suivit la publication du Code civil, le créancier n'avait aucun droit sur les indemnités pouvant être dues au propriétaire de l'immeuble hypothéqué, quand il s'agissait, par exemple, d'une indemnité due par une personne responsable en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, ou en vertu de l'article 1792 (responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur), ou quand il s'agissait d'une indemnité gracieuse payée par l'Etat à la suite d'événements militaires ou de troubles politiques.

797. Actuellement, lorsqu'il s'agit d'une indemnité basée sur une idée de responsabilité, la loi du 19 février 1889, article 3, alinéa 1, a tranché la question, mais seulement en ce qui concerne les indemnités dues par les locataires (C. civ., art. 1733), ou par les voisins (C. civ., art. 1382, 1383) à la suite de l'incendie d'un bâtiment. Cette indemnité est attribuée, sans qu'il soit besoin d'une délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang. Comme le fait observer M. Planiol ⁽¹⁾, la loi est incomplète, et ne prévoit pas les autres cas où le droit à l'indemnité est basé sur l'idée de faute ou d'acte illicite : incendie dû à l'imprudence d'un passant, incendie criminel, ruine d'un bâtiment entraînant la responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur, etc. Dans ces divers cas, non régis par la loi du 19 février 1889, on serait tenté de conserver l'ancienne doctrine, d'après laquelle, le créancier gagiste ou hypothécaire n'ayant de droit que sur la chose ou sur le prix, n'a aucun droit de préférence sur ces indemnités ⁽²⁾. Cependant, M. Planiol estime que, dans tous les cas, l'indemnité doit remplacer l'immeuble détruit ou détérioré : le créancier hypothécaire ou gagiste est lésé par la faute commise, et doit être indemnisé, c'est-à-dire remis dans le même état que si l'objet donné en gage, ou l'immeuble hypothéqué était reconstitué.

798. Quant aux indemnités gracieuses payées ou réparties par l'Etat, comme la question présentera certainement une grande importance après la guerre de 1914, elle sera probablement tranchée par voie législative. Déjà, après les événements de 1870-1871, des indemnités avaient été payées par l'Etat aux victimes d'incendies ou de bombardements, aux

(1) Planiol, II, n° 3443.

(2) Voir références dans Planiol, II, n° 3440.

propriétaires de maisons démolies par le génie militaire dans la zone des fortifications de Paris, aux déposants de marchandises brûlées dans les magasins généraux pendant la commune (1). De même, la loi du 8 août 1893 accorde des secours aux victimes des attentats anarchistes. Or, la pratique (2) a réparti ces indemnités au marc-le-franc, entre tous les créanciers. Le simple bon sens, et l'équité la plus élémentaire montrent que, à moins d'être employées à remettre les choses en l'état, à restaurer l'objet du gage ou l'immeuble hypothéqué, ces indemnités doivent aller d'abord aux créanciers hypothécaires. Il faut que le législateur n'oublie pas que, toutes les fois qu'il sacrifie les créanciers, la mesure retombe sur les emprunteurs, dont le crédit est diminué et qui ont une plus grande difficulté à trouver des prêteurs.

799. En somme, le Droit français est confus, en cette matière. La loi suisse est plus claire ; cependant, elle n'est pas à l'abri de toute critique, et M. Wieland (3) reconnaît que le législateur suisse n'a pas prévu tous les cas.

800. Pourquoi donc, dans toutes les législations, n'est-il pas admis, par un texte précis, que tout prix de vente, toute indemnité, toute somme représentant directement la dépréciation ou la perte de l'immeuble, est subrogée à cet immeuble, et le remplace à l'égard des créanciers ayant sur lui des droits réels. Ce serait le langage de la raison et de l'équité.

801. Le Code civil allemand traite les mêmes questions dans les articles 1133, 1134 et 1135. Ces textes ont certainement inspiré les auteurs du Code civil suisse, du moins quant aux mesures de protection accordées aux créanciers. Il existe cependant, entre les dispositions de la loi suisse et de la loi allemande, une divergence assez importante : les articles 1133, 1134 et 1135 du Code civil allemand ne distinguent pas suivant que la détérioration provient ou non du fait ou de la faute du propriétaire, tandis que, dans le Code civil suisse, nous voyons les articles 808 et 809 s'appliquer exclusivement au cas où la détérioration provient du fait ou de la faute du propriétaire, alors que l'article 810 s'applique au cas où les détériorations se produisent sans la faute du propriétaire. La notion allemande est plus dure que la notion suisse pour le débiteur ; elle est cependant plus logique ; le législateur allemand a adopté la règle admise dans l'article 2131 du Code civil français, qui ne distingue pas entre les causes de la détérioration. Les commentateurs du Code civil allemand (4)

(1) Voir loi du 7 avril 1873.

(2) Voir références dans Planiol, II, n° 3449.

(3) Wieland, art. 810, n° 1, note 1.

(4) Code civil allemand. Trad. Comité de lég. étrang., éd. Imprimerie Nationale, art. 1133, note 1.

font observer que le droit du créancier gagiste ou hypothécaire est ici un droit réel, que l'origine des détériorations n'a pas à être prise en considération, et qu'il n'y a à se préoccuper que de l'existence de ces détériorations.

802. L'article 1133 C.C.A. prévoit le cas où la détérioration s'est produite et que ce fait met en péril la sûreté de l'hypothèque; en ce cas le créancier peut impartir au propriétaire un délai pour faire cesser le péril que court l'hypothèque, ce qui pourra s'obtenir par une amélioration du fonds ou par la constitution d'une autre hypothèque. Le délai passé, le créancier peut poursuivre son remboursement immédiat sur l'immeuble. En cas de remboursement anticipé, si la créance ne produisait pas d'intérêts, le créancier doit subir la bonification de l'intérêt entre la date du remboursement, et celle de l'échéance.

803. Le cas où la détérioration est seulement à craindre est prévu par l'article 1134 C.C.A., qui déclare expressément ne pas distinguer entre le cas où la menace de détérioration provient du fait du propriétaire, et celui où elle provient du fait d'un tiers. Le créancier peut « demander des défenses ». Si le fait émane du propriétaire, le Tribunal, à la demande du créancier, ordonnera de prendre les mesures nécessaires pour écarter le péril. Il en sera de même lorsque le péril provient de la négligence du propriétaire à prévenir les atteintes des tiers ou tous autres dommages.

804. L'article 1135 C.C.A. assimile à la détérioration de l'immeuble la détérioration ou la suppression des accessoires, au mépris des règles d'une exploitation régulière. Notons, à ce sujet, qu'aux termes des articles 1121 et 1122 C.C.A. ⁽¹⁾, l'enlèvement des accessoires fait au mépris des règles d'une administration régulière, ne les affranchit pas de leur affectation hypothécaire, s'il n'y a pas eu d'aliénation subséquente; mais, bien qu'ils restent affectés à la garantie, leur enlèvement est considéré comme constituant une dépréciation de l'immeuble.

805. Le Code suisse n'a pas reproduit cette disposition du Code allemand relative aux accessoires; l'enlèvement de accessoires sera, en fait, considéré comme une détérioration ou une dépréciation de l'immeuble, donnant ouverture aux droits du créancier, tels que nous les avons examinés.

806. Nous avons déjà noté une différence importante entre le Droit suisse et le Droit allemand : seul le Droit suisse distingue suivant que la détérioration provient ou ne provient pas du fait du propriétaire, ou de

(1) C.C.A., Trad. Comité de lég. étrang., art. 1135, note 1.

sa faute. La comparaison des textes nous montre d'autres différences, bien que les règles générales des deux législations se ressemblent d'assez près. En cas de simple danger de détérioration, quand celle-ci n'est pas encore un fait accompli, le créancier, en Allemagne, peut demander des « défenses » qui correspondent à l'« ordre », donné par le juge suisse, de cesser tous actes dommageables. En Allemagne, comme en Suisse, le créancier peut obtenir du juge que les mesures nécessaires soient prises; mais, contrairement au Code suisse, le Code allemand ne donne pas au créancier le droit de prendre lui-même les mesures urgentes. L'innovation du Code suisse est heureuse; elle est de nature à encourager le créancier à agir de suite, au lieu d'attendre que le dommage soit irréparable.

807. Quand le créancier a le droit d'exiger des sûretés ⁽¹⁾, ces sûretés, en Suisse, pourront consister, avons-nous vu ⁽²⁾, même en un gage mobilier, ou en une caution personnelle. En Allemagne ⁽³⁾, au contraire, les sûretés ne peuvent consister qu'en une amélioration du fonds, ou en une nouvelle hypothèque, ce qui exclut le gage mobilier, et la caution personnelle. En France, la sûreté ne peut consister qu'en un supplément d'hypothèque, d'après le texte de l'article 2131.

808. Lorsque le créancier a le droit de demander son remboursement, il a le droit, en Allemagne, comme en France, de demander son remboursement intégral; en Suisse, au contraire (C.C.S., art. 809), il n'a droit qu'au remboursement partiel. Le système français et allemand est le plus logique, étant donné le principe que les obligations, même divisibles, doivent être exécutées entre le créancier et le débiteur comme si elles étaient indivisibles ⁽⁴⁾. Cependant, en Allemagne, lorsque le prêt est consenti par une banque hypothécaire, l'article 17 de la loi du 13 juillet 1899 sur les banques hypothécaires ne déclare exigible que la partie de la créance qui, d'après la loi et les statuts, n'est plus suffisamment garantie, par suite de la détérioration. On comprend, en effet, que, pour une banque hypothécaire, il n'y ait pas autant d'inconvénient que pour un particulier à recevoir un paiement partiel. La disposition de l'article 1133 C.C.A. relative à la bonification de l'intérêt des sommes non productives d'intérêt remboursées avant l'échéance du terme, est une application des règles de l'équité et du droit commun, qu'il était inutile de formuler expressément.

¹⁾ C.C.S., art. 810. — C.C.A., art. 1113.
Cf. C.C.F., art. 2131.

⁽²⁾ *Suprà*, n° 787.

⁽³⁾ C.C.A., trad. Comité de lég. étrang.
art. 1133, note 2.

⁽⁴⁾ C.C.F., art. 1220. — C.C.A., art. 356.
Code suisse des Obligations, art. 69.

809. L'article 811 C.C.S. ⁽¹⁾ a pour but de faciliter l'aliénation de petites parcelles. Quand leur valeur n'atteint pas le $\frac{1}{20}$ de la valeur totale de l'immeuble, le créancier est tenu d'accepter un acompte, et peut y être contraint judiciairement. Et même, le créancier doit consentir une radiation pure et simple de l'inscription prise sur la petite parcelle, si le reste de l'immeuble le garantit suffisamment.

810. Cette règle n'a aucun corrélatif en Droit français, relativement aux hypothèques spéciales et conventionnelles, ceci sous réserve des règles de la purge. Pour les hypothèques générales des femmes et des mineurs, on peut rapprocher de la règle suisse les dispositions des articles 2143, 2144, 2145 C.C.F. qui permettent au propriétaire d'obtenir une réduction de l'hypothèque, non seulement quand il veut aliéner une parcelle, mais encore toutes les fois que la garantie est excessive par rapport aux créances à garantir. La réduction peut aussi être obtenue, en France, lorsqu'il s'agit d'une hypothèque générale, par exemple l'hypothèque judiciaire, ou d'une inscription prise d'après l'évaluation faite par le créancier pour une créance non réglée par la convention, et qui, par sa nature, est conditionnelle, éventuelle, ou indéterminée (C.C.F., art. 2161, 2162, 2163, 2164, 2165).

811. Les règles du Code français sont bien compliquées. Le système suisse du dégrèvement des parcelles aliénées pourrait, même avec les hypothèques générales du Droit français, être substitué avantageusement au système du Code civil français.

812. L'article 812 C.C.S. ⁽²⁾ rappelle, dans son alinéa 1, l'article 1136 C.C.A. ⁽³⁾ Avant la promulgation du Code civil suisse, de nombreuses législations cantonales suisses admettaient le principe contraire ⁽⁴⁾. Il semblerait, à en juger par l'Exposé des motifs de l'avant-projet ⁽⁵⁾, qu'il existe une divergence entre l'alinéa 1 de l'article 812 C.C.S., et l'article 1136 C.C.A. :

(1) C.C.S., art. 811 : « Lorsque le propriétaire de l'immeuble grevé en aliène une parcelle d'une valeur inférieure au vingtième de la créance, le créancier ne peut refuser le dégrèvement de cette parcelle, pourvu qu'un acompte proportionnel lui soit payé ou que le reste de l'immeuble lui offre une garantie suffisante. »

(2) C.C.S., art. 812 : « Le propriétaire de l'immeuble constitué en gage ne peut renoncer valablement à la faculté de le grever d'autres droits réels. »

« Le gage immobilier prime toutes servitudes ou charges foncières dont l'immeuble pourrait être grevé postérieurement sans que le créancier en eût permis la constitution ;

elles sont radiées, si, lors de la réalisation du gage, leur existence lèse le créancier antérieur. »

« A l'égard toutefois des créanciers postérieurement inscrits, l'ayant droit peut, en cas de réalisation, exiger que la valeur de la servitude ou de la charge foncière lui soit payée par préférence. »

(3) C.C.A., trad. Comité de lég. étrang., art. 1136 : « Est nulle toute convention par laquelle le propriétaire s'engage envers le créancier à ne pas aliéner ou à ne pas le grever d'autres charges. »

(4) Cf. *Schweiz. Privatrecht*, p. 583 et ss.

(5) Exp. des mot. de l'avant-proj. T. III, p. 199.

il semble, en effet, d'après l'Exposé des motifs, que la convention par laquelle le propriétaire s'engagerait envers le créancier à ne pas aliéner l'immeuble, ou à ne pas le grever d'autres charges, serait dépourvue d'effet réel, mais pourrait produire des effets personnels, par exemple être sanctionnée par des dommages-intérêts, alors qu'en Allemagne, la combinaison des articles 344 et 1136 C.C.A. refuse tout effet quelconque à une telle convention. Nous croyons qu'il faut, ici, écarter l'Exposé des motifs, qui n'est pas la loi. L'alinéa 1 de l'article 812 est basé sur une notion d'ordre public, le principe de la liberté des transactions immobilières ⁽¹⁾; il en résulte que toute convention prohibée par ce texte ne saurait produire aucun effet, pas plus d'effets personnels que d'effets réels; du reste, l'article 163 du Code suisse des Obligations, qui annule la clause pénale lorsqu'elle a pour but de sanctionner une obligation illicite, est, en Droit suisse, le corrélatif de l'article 344 du Code civil allemand.

813. Si le propriétaire greve l'immeuble de servitudes ou charges, elles ne sont pas opposables au créancier gagiste. La conséquence est que, lors de la réalisation du gage, si l'existence de ces servitudes ou charges lèse le créancier, elles seront radiées. L'article 141, alinéa 3 de la loi des poursuites, fixe la procédure à suivre : l'immeuble est mis en vente avec les charges. Si le créancier est couvert, la charge ou servitude subsiste. Sinon, on procède à une nouvelle vente, sans les charges ou servitudes, qui disparaissent, à moins que le prix de la seconde vente ne soit égal ou inférieur au prix de la première, car, en ce cas, il est prouvé que l'existence de la charge ou de la servitude ne diminuait pas la valeur de l'immeuble.

814. Le créancier gagiste peut, du reste, consentir à la création de servitudes ou charges postérieures qui, en ce cas, greveront définitivement l'immeuble.

815. En Droit français, il n'y a pas, en cette matière, de règle écrite expresse. Les règles à suivre dérivent du principe général du droit de suite, consacré par l'article 2144 C.C.F. Lorsque le propriétaire de l'immeuble hypothéqué greve son immeuble d'un droit réel, l'application du principe exige que ce fait ne nuise pas au créancier hypothécaire. Si le droit réel est un usufruit, comme l'usufruit est saisissable et aliénable, l'acquéreur de l'usufruit qui voudra en jouir sans être grevé de l'hypothèque, aura, s'il est dans les conditions voulues, la faculté de purger ⁽²⁾. Si c'est une servitude, ou la mitoyenneté d'un mur ou une autre mitoyenneté, ou

(1) Cf. C.C.A., trad. Comité de lég. étrang., art. 1136, note unique.

(2) Planiol, II, n° 3287. C.C.F., art. 2204.

un droit d'usage ou d'habitation, attaché à la personne, qui a été aliéné, la purge n'est pas possible, parce que ces biens ne peuvent pas être vendus sur saisie ⁽¹⁾. Dans ces divers cas, le droit de suite prend une forme différente, qui se rapproche de celle admise par le Droit suisse. Le créancier inscrit avant la constitution du droit réel peut le tenir pour non avenu, et demander que l'immeuble soit vendu comme libre et franc des charges réelles ainsi constituées. Dans la pratique, une clause insérée au cahier des charges indiquera les charges ainsi supprimées par l'adjudication. S'il y a d'autres créanciers hypothécaires inscrits postérieurement à la constitution de la charge réelle, M. Planiol ⁽²⁾ admet que la charge est supprimée, même en ce cas, mais qu'alors il faudra, si les créanciers antérieurs sont payés, prélever sur le prix une somme destinée à désintéresser le titulaire de la charge supprimée, en diminuant d'autant la collocation des créanciers postérieurs, qui ne doivent pas bénéficier de la suppression d'une charge qui leur était opposable. Cette solution est arbitraire, car, vis-à-vis des créanciers postérieurs, le titulaire de la charge a le droit de jouir de son avantage en nature, et non sous forme d'une indemnité. Nous estimons qu'il faut, en ce cas, et le mécanisme se rapprochera de celui de la double vente suisse, insérer au cahier des charges une clause conditionnelle supprimant la charge, mais dans le cas seulement où les créanciers auxquels elle n'est pas opposable ne seraient pas payés.

§ 10. Rang des gages immobiliers. Cases hypothécaires.

816. Les articles 813 et 814 C.C.S. ⁽³⁾ fixent le rang des droits de gage entre eux. Ici, le Droit suisse présente une différence très importante avec le Droit français qui, avant le Code civil suisse, était suivi par de nombreux droits cantonaux, surtout dans la Suisse occidentale.

817. En France, le droit du créancier porte sur le produit total de l'immeuble; c'est un des aspects du caractère indivisible de l'hypothèque. Il en résulte que, si une hypothèque antérieure vient à disparaître, les hypothèques postérieures avancent en rang, et prennent la place de celles qui précèdent.

(1) C.C.F., art. 2204. Planiol, II, n^{os} 3290, 3291.

(2) Planiol, II, n^o 3177.

(3) C.C.S., art. 813 : « La garantie fournie par le gage immobilier est attachée à la case hypothécaire que lui assigne l'inscription. »

« Des droits de gage peuvent être constitués en deuxième rang ou en rang quelconque, moyennant que le montant par lequel ils sont primés soit indiqué dans l'inscription. »

Art. 814 : « Lorsque des gages de rang différent sont constitués sur un immeuble, la radiation de l'un d'eux ne fait pas avancer le créancier postérieur dans la case libre. »

« Le propriétaire a la faculté de constituer un nouveau droit de gage en lieu et place de celui qui a été radié. »

« Les conventions donnant aux créanciers postérieurs le droit de profiter des cases libres n'ont d'effet réel que si elles sont annotées au Registre foncier. »

818. Cette manière d'appliquer le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque aboutit à un résultat anormal : un créancier placé à un rang inférieur, qui, pour cette raison, avait pu stipuler des conditions plus rigoureuses : taux élevé de l'intérêt, caution personnelle, etc., finissait par obtenir un rang auquel il n'avait pas droit lors du contrat. Il faut ajouter cependant que le créancier aura peut-être tenu compte de cette éventualité, et qu'avec le système qui le condamne à conserver un rang défavorable, il sera, *a fortiori*, amené à stipuler des conditions rigoureuses. Quoi qu'il en soit, les législations récentes ont abandonné le système de l'avancement en rang. Déjà certaines législations cantonales, notamment le Code civil zurichois, avaient décidé en ce sens.

819. Il y a plusieurs manières de conserver au droit gagé sur l'immeuble un rang constant : on peut admettre que le droit de gage passe sur la tête du propriétaire qui pourra en disposer pour une dette future. C'est le système admis par le Code civil allemand, articles 1163, 1164 et 1168 ⁽¹⁾. C'était aussi le système de la loi française du 9 messidor an III.

820. On peut admettre aussi que le droit de gage disparaissant laisse, à sa place, une *case libre*, sans qu'il soit nécessaire de conserver au droit éteint une existence artificielle en le faisant passer sur la tête du propriétaire. Le Code civil suisse, dans ses articles 813 et 814, admet ce système des *cases hypothécaires* ; il faut ajouter que, dans le système du Code civil suisse ⁽²⁾, les cédules hypothécaires et les lettres de rente peuvent être établies au nom du propriétaire, mais cette règle n'a pas spécialement pour but de conserver leur rang aux hypothèques éteintes.

Dans le système des cases libres, le rang du gage immobilier est celui de la case que lui assigne l'inscription. Notamment, l'immeuble peut être grevé d'un droit de gage en deuxième, troisième rang, ou à un rang quelconque, sans que les rangs précédents soient occupés. Ceci peut être fort utile pour permettre au propriétaire de conserver le premier rang pour émettre une lettre de rente, ou encore pour emprunter aux établissements de crédit foncier qui ne consentent de prêts qu'en premier rang.

Ce n'est donc pas la date de l'inscription, mais la volonté des parties qui détermine le rang des droits de gage.

821. En France, un résultat analogue peut être obtenu, soit par une cession de priorité ⁽³⁾, soit par une hypothèque au porteur ⁽⁴⁾, au moyen d'un titre rédigé en brevet, qui sera conservé par le propriétaire, pour

(1) Hypothèque du propriétaire : *Eigentümerhypothek*.

(2) C.C.S., art. 859, 863, al. 2.

(3) Cf. Planiol, II, nos 3457, 3460, 2°.

(4) Cf. Planiol, II, nos 1620, 2671, 3456. Aubry et Rau, 5^e éd., III, p. 748, note 15.

être ultérieurement remis à un créancier, lequel primera ceux qui auront été inscrits après l'hypothèque au porteur. Ce dernier procédé, imaginé par la pratique, est, du reste, peu employé; il est incomparablement moins souple que celui du Code civil suisse.

822. En Suisse, la date de l'inscription sera, cependant, prise en considération ⁽¹⁾ pour les droits de gage auxquels un rang déterminé n'est pas assigné dans l'inscription. Mais ces droits de gage passeront après ceux dont le rang est déterminé par l'inscription ⁽²⁾.

823. Remarquons que la loi suisse reconnaît à certains droits de gage un rang préférable, sans qu'il soit besoin que l'inscription leur confère un rang : ce sont, en somme, des privilèges dans le sens que la définition de l'article 2095 C.C.F. donne de ce mot, car c'est la qualité de ces sortes de créances qui leur donne un rang préférable. Citons les créances résultant de frais faits pour la conservation de l'immeuble ⁽³⁾.

824. C'est seulement au moment de son inscription au Registre foncier que le droit de gage reçoit son rang. Jusqu'à ce moment, le créancier ne reçoit que le droit personnel d'exiger du propriétaire ou du débiteur la constitution du gage à un rang convenu. A défaut de consentement amiable, il peut obtenir l'attribution du droit de gage par une sentence de Justice ⁽⁴⁾. Son droit, dès l'intentat de l'instance, peut être conservé par l'annotation prévue par l'article 960 C.C.S. Mais le créancier est désarmé vis-à-vis d'un tiers qui aurait précédemment inscrit un autre droit de gage de même rang, puisque, jusqu'à l'inscription, il ne possède pas de droit réel opposable à ce tiers.

825. L'article 814 pose le principe de la case libre et de la conservation du rang des inscriptions. Il en résulte, avons-nous vu, que, lorsqu'un droit de gage est éteint, le propriétaire peut disposer de la case rendue libre. Mais le propriétaire ne peut user de cette faculté que lorsque le droit de gage qui occupait la case a été radié sur le Registre foncier. Jusqu'alors, le conservateur devra refuser l'inscription d'un droit de gage au même rang.

826. Lorsqu'une créance est éteinte partiellement, la case devient libre à concurrence de la partie éteinte. Quand la case est devenue entièrement libre, le propriétaire peut en disposer en faveur de plusieurs créanciers, auxquels il pourra être attribué le même rang, ou des rangs différents.

(1) C.C.S., art. 972.

(2) Wieland, art. 812, 813, n° 3.

(3) Voir C.C.S., art. 808, 810, 819. Cf. art. 820, 821, 836, 841, al. 1.

(4) C.C.S., art. 665, al. 1 et 2.

827. Nous avons dit qu'une ou plusieurs cases peuvent être réservées d'avance, sans qu'aucun droit de gage les ait précédemment occupées. En ce cas, le montant de la somme pour laquelle la case est réservée doit être indiqué exactement et figurer au Registre foncier. La somme peut être le montant d'une créance déterminée, à laquelle s'ajoutera, profitant de la case libre, le montant des intérêts et autres droits prévus par l'article 818 C.C.S.; il est également possible de réserver une *somme maximale* par exemple le montant, encore indéterminé, d'une ouverture de crédit, qui profitera de la case à concurrence du maximum porté au Registre foncier.

828. L'alinéa 3 de l'article 814 permet, par une convention expresse, de revenir à la règle française de l'indivisibilité de l'hypothèque, en donnant à un créancier le droit de profiter du rang des cases antérieures, à mesure qu'elles deviendront libres. La convention doit être insérée dans l'acte de constitution (C.C.S., art. 799, al. 1), et mentionnée au Registre foncier (C.C.S., art. 959, al. 1), sinon le créancier n'avance pas en rang automatiquement; il n'aura qu'une action personnelle lui permettant d'exiger une inscription à cette case, lorsqu'elle deviendra libre. Si le contrat est mentionné régulièrement au Registre foncier, le conservateur peut opérer d'office le changement de rang sur le Registre.

829. En outre, et ceci contribue à donner plus de souplesse encore au régime hypothécaire suisse, il est possible de modifier après coup le rang des droits de gage. Par exemple, le titulaire d'une lettre de rente peut, même sans le consentement du propriétaire, qui n'y est nullement intéressé, la décomposer en plusieurs tranches. De même, le titulaire de plusieurs créances peut en intervertir le rang; mais, ici, il faut le consentement du propriétaire qui peut avoir intérêt à voir en meilleur rang telle créance plutôt que telle autre, par exemple parce que l'intérêt en est plus élevé, et que, le rang étant favorable, il pourra emprunter à des conditions plus avantageuses pour éteindre la créance. Plusieurs créanciers gagistes, d'accord entre eux et avec le propriétaire, peuvent permuer entre eux.

830. Dans le Droit allemand, nous avons dit que, à la place du système des cases, le législateur a adopté le système du retour de l'hypothèque au propriétaire (1). En somme, ce système est intermédiaire entre le système français et suisse. Avec une logique heureuse, et pratique, le Code suisse a adopté le système des cases hypothécaires, qui s'adapte admirablement à l'institution du Registre foncier. La situation juridique

(1) C.C.A., art. 1163, 1164, 1168.

de l'immeuble, en Suisse, est présentée sous la forme la plus simple à qui veut la connaître. Il n'est nullement nécessaire de compliquer la situation par l'artifice de « l'hypothèque sur soi-même » qui paraît tenir, dans le Droit allemand, une place exagérée.

831. Pour comparer les trois systèmes suisse, français, et allemand, il convient de prendre un exemple simple : un propriétaire trouve un prêteur disposé à se contenter d'un second rang, par exemple pour laisser son emprunteur, dont il trouve le crédit immobilier suffisant, contracter plus tard un autre emprunt auprès d'un établissement de crédit foncier qui ne consent que des prêts hypothécaires en premier rang. En Suisse, le propriétaire conservera une case libre en premier rang ⁽¹⁾. En France, rien ne paraît s'opposer à ce que le contrat d'hypothèque stipule que le prêteur accepte d'avance d'être primé par un autre prêteur pour une certaine somme. La notion, si importante dans le Droit allemand, de l'hypothèque sur soi-même n'est nullement nécessaire ici.

832. En somme, il s'agit simplement de savoir de quelle manière un propriétaire peut disposer, le plus commodément possible, de son crédit immobilier. Ce n'est pas une question de doctrine, ni de raisonnement abstrait ; c'est une question de pratique, de formules de contrats, et de tenue des livres fonciers. Le système le plus commode au point de vue de l'organisation matérielle sera le meilleur ; et, à ce point de vue, c'est certainement le système suisse qui est le meilleur, au moins en pratique, ce qui est l'essentiel.

833. Avec l'article 815 C.C.S. ⁽²⁾, nous trouvons une règle qui se rapproche de celle du Droit français. Supposons qu'au premier rang, il existe une case libre de 30,000 francs ; en deuxième rang se trouve un gage immobilier de 20,000 francs ; au troisième rang se trouve un gage immobilier de 10,000 francs. La première case reste libre jusqu'à la réalisation. Le prix de vente atteint 30,000 francs seulement. Ce prix sera réparti entre les créanciers ayant un gage immobilier en deuxième et troisième rang, comme s'il n'existait pas de case libre.

834. En somme, cette règle revient bien à faire avancer en rang les créanciers gagistes, contrairement au principe formulé par l'article 813.

(1) C.C.S., art. 813, al. 2. Il peut, aussi, comme en Allemagne, du moins s'il s'agit de cédule hypothécaire ou de lettre de rente, faire créer le titre à son nom, et prendre ainsi hypothèque sur lui-même (C.C.S., art. 859).

(2) C.C.S., art. 815 : « Lorsqu'un droit de gage a été constitué en rang postérieur et

qu'il n'en existe pas d'autre qui le prime, ou que le débiteur n'a pas disposé d'un titre de gage antérieur, ou que la créance antérieure n'atteint pas le montant inscrit, le prix de l'immeuble est en cas de réalisation attribué aux créanciers garantis, selon leur rang et sans égard aux cases libres. »

On voit ici qu'il s'agit de règles arbitraires, de règles du droit écrit par le législateur, et qui seront acceptées par les intéressés, parce qu'il était possible d'adopter ici une solution ou la solution contraire, sans violer ni usage ni équité; le créancier sait d'avance quel est son sort, et l'accepte d'avance. Quand nous disons que, toujours, l'usage fera et défera la loi, nous mettons toujours à part le cas où il s'agit de détails dans l'application des règles générales, car, alors, le législateur peut imposer sa volonté. Et le législateur suisse a admis une règle raisonnable : la somme réservée dans la case libre ne doit pas revenir au créancier chirographaire, qui ne peut pas être mieux traité que les gagistes, et qui ne doit pas indirectement devenir gagiste, ce à quoi il ne s'attendait nullement. S'il n'y a pas de créanciers chirographaires, la somme indiquée dans la case libre ne doit pas revenir au saisi, à qui elle serait immédiatement reprise par les créanciers gagistes, en vertu de leur action personnelle. Cependant, il y a un cas où le montant de la somme réservée à la case libre pourrait, équitablement, revenir au propriétaire, c'est celui où ce propriétaire n'est pas tenu personnellement, par exemple s'il s'agit d'un tiers-détenteur; quand il s'agit d'un tiers-détenteur ordinaire, le texte de l'article 815 paraît s'opposer à ce qu'il en soit ainsi; mais, quand il s'agit d'un tiers-détenteur, non personnellement tenu à la dette, et qui, en outre, est au bénéfice d'une cédula hypothécaire ou d'une lettre de rente, la combinaison des articles 815 et 859 C.C.S. permet d'admettre que le prix de vente reviendra au propriétaire tout d'abord, car il n'y a pas de case libre, mais bien une première case occupée par le propriétaire lui-même. Peut-être y aurait-il, ici, un argument en faveur de « l'hypothèque sur soi-même »; nous laisserons à d'autres le soin de résoudre la question. La jurisprudence suisse, à laquelle le laconisme exagéré du Code civil a réservé une action extrêmement importante, aura à résoudre, en cette matière, de nombreuses questions.

§ 11. *Réalisation du droit de gage.*

835. Les articles 816 ⁽¹⁾ et 817 C.C.S. ont trait à la réalisation du gage immobilier. Les questions de forme et de procédure sont réglées par la Loi sur les poursuites et faillites, articles 41, 135 et ss., 151 et ss., 208 et

(1) C.C.S., art. 816 : « Faute par le débiteur de satisfaire à ses obligations, le créancier a le droit de se payer sur le prix de l'immeuble. »

« Est nulle toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier l'immeuble à défaut de paiement. »

« Si plusieurs immeubles sont constitués en gage pour la même créance, le créancier doit en poursuivre simultanément la réalisation; celle-ci n'aura toutefois lieu que dans la mesure jugée nécessaire par l'Office des poursuites. »

ss. La réalisation du droit de gage entraîne son extinction. Cette réalisation n'a lieu qu'une seule fois.

836. L'alinéa 2 de l'article 816 prohibe la clause commissaire qui autoriserait le créancier à s'approprier l'immeuble à défaut de paiement. Une disposition semblable, relative au gage mobilier, se trouve dans l'article 894 C.C.S., qui a reproduit presque textuellement l'ancien article 222 du Code des Obligations.

837. Cette prohibition de la clause commissaire existe aussi en Droit français. Elle est admise pour le cas d'immeuble hypothéqué ⁽¹⁾; pour le meuble donné en gage, la règle est écrite expressément dans les articles 2078 et 2079 C.C.F., et, pour le cas de l'antichrèse, dans l'article 2088 C.C.F. La même règle se retrouve dans l'article 1149 C.C.A.

838. On connaît le développement historique de la règle qui prohibe le pacte commissaire ⁽²⁾. A Rome, le créancier n'avait d'abord que le *jus possidendi*, qui lui conférait la possession matérielle du gage, mais ne le rendait pas propriétaire, de sorte que, s'il vendait la chose, il commettait un *furtum*. Mais, fréquemment, une convention, *lex commissoria*, l'autorisait, faute de paiement à l'échéance, à devenir propriétaire de la chose pour le montant de la dette, ou encore à prix fixé par experts. En outre, une clause, qui est l'origine du *jus distrahendi*, lui donnait souvent le droit de vendre et d'aliéner par une *traditio* qui rendait l'acquéreur propriétaire civil des *res nec Mancipi* et propriétaire prétorien des *res Mancipi*. Encore du temps de Gaius ⁽³⁾, cette clause devait être expresse. Mais, au temps d'Ulpien ⁽⁴⁾, la clause fut considérée comme sous-entendue, et la vente fut permise, à moins qu'une clause contraire expresse ne l'interdise. Justinien fit un nouveau pas, en décidant que la clause prohibitive ne produirait d'autre effet que d'obliger le créancier à faire trois sommations.

Mais il n'en résultait nullement que le créancier fût en droit d'acquérir lui-même; au contraire, tandis que se développait ainsi le *jus distrahendi*, la *lex commissoria* disparaissait, prohibée par une loi de Constantin, conservée par Justinien ⁽⁵⁾. Cependant, si le créancier ne peut pas se vendre à lui-même, la pratique lui permettait, dès le temps des Sévère, de demander que la chose lui soit, après évaluation, attribuée en paiement par une décision impériale qui devenait définitive après un certain délai (*impetratio dominii*) ⁽⁶⁾.

(1) Cf. Planiol, II, n° 3089.

(2) Voir Girard. *Droit romain*, p. 780 et ss.

(3) Gaius. *Inst.* 2. 64.

(4) D. 13. 7. *De pign. act.* 4. Paul. *Sent.*

2. 5. 1.

(5) C. 8. 34 (35). *De pign. act.* 3.

(6) C. 8. 33 (34). 3.

839. La sanction de la prohibition de la *lex commissoria* était rigoureuse (1). Non seulement la clause, mais aussi le contrat de gage, étaient annulés, de sorte que le créancier perdait sa garantie.

840. Dans le Code civil français, la clause seule est annulée (2). En matière de gage mobilier, il était permis, tandis qu'aujourd'hui une telle clause est prohibée, de convenir que la chose reviendrait au créancier d'après son prix à fixer par experts après l'échéance (3). L'article 2078 C.C.F., alinéa 1, permet cependant au créancier de se faire attribuer, mais par une décision de justice, l'objet du gage, d'après une estimation faite par experts ou de le faire vendre aux enchères. En ce cas, nous croyons, avec M. Planiol (4), que c'est le créancier seul qui peut demander l'attribution du gage, s'il est à sa convenance, et que l'option de l'article 2078, alinéa 1, appartient au créancier, et non au Juge. Il faut, cependant, ajouter, croyons-nous, que le Juge peut toujours, quand il y a des motifs en ce sens, refuser d'accéder à la demande du créancier, et ordonner la vente aux enchères. En outre, il est permis, par une clause postérieure au contrat, de vendre au créancier l'objet du gage (5). Cette clause est dangereuse, le propriétaire pouvant, par la menace de poursuites, être amené à subir une vente désastreuse. Le Code allemand (C.C.A., art. 1149 et 1229) a atténué le danger, en n'autorisant une pareille vente que lorsque le créancier a le droit de réaliser le gage.

841. D'une manière générale, le Code civil allemand (C.C.A., art. 1149 pour l'hypothèque, 1229 pour le gage) prohibe également la *lex commissoria* et, comme nous venons de le dire, n'autorise la vente de gré à gré au créancier que par une convention postérieure au moment où celui-ci est en droit de réaliser le gage. Il en est de même en Suisse (6). En outre, en Allemagne, comme en Suisse (7), la *lex commissoria* devient licite lorsqu'il s'agit d'un aliénateur qui s'est réservé le droit de reprendre l'immeuble dans le cas où l'acquéreur ne paierait pas le prix garanti par l'hypothèque. Ceci est une application du principe admis en Droit français par l'article 1184 C.C.F., d'après lequel la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, où, *a fortiori*, elle peut être insérée expressément, et même être accompagnée d'une clause

(1) C. 8. 35. 3. Cf. Pothier, *Nantissement* n° 18.

(2) C.C.F., art. 2078, 2088. Planiol, II, n° 2458. Cf. Planiol, II, 3089. — Pothier, *Hypothèque*, nos 66 et 119. — Domat : *Lois civiles dans leur ordre naturel*, l. III, sect. 3, n° 9.

(3) Planiol, II, n° 2458. — Pothier, *Nantissement*, 18 et ss.

(4) Planiol, II, n° 2453. *Contra* : Colmet de Santerre, VIII, n° 304 bis, §§ III et IV.

(5) Planiol, II, n° 2459, et arrêts cités.

(6) Wieland, art. 816, n° 3.

(7) C.C.A., trad. Comité de lég. étrang., art. 114. Wieland, art. 816, n° 3.

stipulant la résolution de plein droit en cas de non-exécution du contrat par l'autre partie ⁽¹⁾. La condition résolutoire tacite dans les contrats synallagmatiques, est admise aussi, en Suisse, par l'article 108 du Code des Obligations. Il semble bien, du reste, que les règles que nous venons d'examiner ne peuvent plus s'appliquer lorsqu'il y a eu novation de la créance.

842. En Allemagne ⁽²⁾, la condition résolutoire expresse peut être inscrite au Livre foncier par une prénotation qui la rend valable *erga omnes*. En Suisse, il faut admettre, croyons-nous, que la clause ci-dessus, dont la validité est admise par M. Wieland, et qui constitue une véritable condition résolutoire, empêche l'inscription de la vente au Registre foncier, avant que le prix ait été payé. En effet, les ventes conditionnelles d'immeubles ne peuvent être inscrites au Registre foncier qu'après l'avènement de la condition ⁽³⁾. L'article 1261 du projet du 3 mars 1905 interdisait même les ventes d'immeubles sous condition. D'après ce projet, seules les promesses conditionnelles de vente étaient licites.

843. En France, la résolution de la vente en cas de non-paiement du prix est prévue par les articles 1654 et 1655 C.C.F. La résolution est opposable aux sous-acquéreurs, en vertu du principe : « *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* » ⁽⁴⁾. Jusqu'en 1856, l'action en résolution existait clandestinement, et pouvait être exercée contre un sous-acquéreur même quand le vendeur avait laissé perdre son privilège, par exemple en ne renouvelant pas l'inscription qui le conserve ⁽⁵⁾. L'article 7 de la loi du 23 mars 1855 a fait disparaître cette anomalie en décidant que l'action résolutoire ne peut plus être exercée contre les tiers-acquéreurs après l'extinction du privilège.

844. L'alinéa 3 de l'article 816 C.C.S. prévoit le cas où plusieurs immeubles sont affectés à la garantie d'une même dette. En ce cas, le créancier doit en *poursuivre* simultanément la réalisation, ce qui ne veut pas dire que la vente sera simultanée. Au contraire, la réalisation n'aura lieu que dans la mesure jugée nécessaire par l'Office des poursuites. Le texte ne vise pas le cas où plusieurs immeubles garantissent chacun une partie de la même créance; en ce cas, ils doivent être tous réalisés. Mais, lorsqu'il s'agit de gage collectif, il y a lieu de distinguer les deux cas prévus par l'article 798. Si les immeubles engagés appartiennent à des propriétaires différents qui ne soient pas codébiteurs solidaires, il résulte de

(1) Dalloz. *Code civil annoté*, art. 1184, n° 144 et ss.

(2) C.C.A., trad. Comité de lég. étrang., art. 1149, note des commentateurs.

(3) Code des Obligations, art. 217.

(4) Planiol, II, n° 1565.

(5) Planiol, II, n° 1569. Cf. Planiol, II, n° 3046.

l'alinéa 2 de l'article 798 qu'ils répondent chacun d'une partie séparée de la dette (1), donc ils seront vendus séparément, comme affectés chacun à une dette distincte. S'ils appartiennent au même propriétaire (art. 798, al. 1) l'Office des poursuites choisira les immeubles les plus faciles à mettre en vente, en causant le moindre préjudice au propriétaire. S'ils appartiennent à des codébiteurs solidaires (art. 798, al. 1), chaque gage doit être réalisé, et la dette doit être répartie sur le produit de chacun, proportionnellement au prix d'adjudication (2).

845. En Allemagne, la même situation est prévue par l'article 1132 C.C.A., qui s'occupe de « l'hypothèque solidaire » (*Gesamthypothek*) ou des cas où la créance est garantie par des hypothèques sur plusieurs immeubles. Alors, le créancier peut, à son gré, poursuivre son remboursement, total ou partiel, sur l'un ou l'autre des immeubles. Cette hypothèque solidaire est celle qui porte sur plusieurs immeubles pour sûreté d'une seule et même créance, sans qu'il soit nécessaire que chaque immeuble soit affecté pour la totalité de la créance garantie (3). En ce cas, le Code allemand donne au créancier garanti par une hypothèque solidaire le libre choix de l'immeuble à réaliser. Cependant, l'article 64 de la loi allemande sur l'exécution forcée permet aux divers intéressés de faire réduire l'hypothèque solidaire grevant un des immeubles proportionnellement à la valeur des autres immeubles grevés (4). D'autre part, le créancier peut répartir le montant de sa créance entre les divers immeubles (5). En somme, la loi allemande applique à la poursuite et à la mise en vente le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque.

846. En France, la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque, écrite dans l'article 2114 C.C.F. autorise le créancier à mettre en vente chacun des immeubles hypothéqués, ou leur ensemble (6). Cette rigueur demanderait à être atténuée dans le sens admis par le Code civil suisse. Cependant, dans le Droit français, il y a une atténuation à la rigueur du principe dans le cas où la saisie immobilière porte sur les biens d'un débiteur situés dans plusieurs arrondissements (7). En ce cas, le créancier ne peut poursuivre l'expropriation des biens situés dans les différents arrondissements que successivement, à moins qu'ils ne fassent partie d'une seule et même exploitation. La loi du 14 novembre 1808 a précisé les cas dans lesquels la

(1) Cf. *suprà*, n° 731.

(2) Arg. art. 798, al. 3. Cf. Wieland, art. 816, n° 4.

(3) C.C.A., trad. Comité de lég. étrang., art. 1132, note 1.

(4) C.C.A., *ibid.*, cf. C.C.A., art. 1172 à

1175, 1181 et 1182.

(5) Cf. C.C.A., art. 875, 876, 878.

(6) Cf. Baudry-Lacantinerie et de Loynes. *Hypothèques*, II, n° 898.

(7) C.C.F., art. 2210 et 2211. Loi du 14 novembre 1808.

saisie peut être simultanée; il faut, pour cela, que la valeur totale des biens soit inférieure au montant des sommes dues au saisissant et aux autres créanciers inscrits. La valeur des biens s'établit au moyen d'une proportion basée, soit sur les baux authentiques, soit sur les contributions.

847. En somme, d'une manière générale, en France, il n'existe que des mesures imparfaites et insuffisantes pour éviter les ventes désastreuses. Les conversions de saisies immobilières en ventes volontaires, admises par l'article 743 du Code de Procédure civile français, ne présentent, dans la pratique, aucun avantage ⁽¹⁾. Il serait nécessaire de modifier la législation française à cet égard.

848. L'article 817 C.C.S. ⁽²⁾, règle la distribution du prix de vente de l'immeuble entre les créanciers. Il correspond à notre article 2218 C.C.F. qui renvoie au Code de Procédure civile, articles 749 et ss., de même que les commentateurs de l'article 817 C.C.S. ⁽³⁾ renvoient à la Loi suisse des poursuites et faillites, articles 144, 146, 157, 158, 219, 226, 246, 262. Or, beaucoup de questions de droit civil se rattachent à la procédure d'ordre qui donne lieu, au moins en France, aux débats les plus compliqués. Il semble donc anormal que les Codes civils français et suisse traitent la question en quelques lignes seulement; mais il faut observer, d'une manière générale, que les questions de Droit civil qui peuvent se poser au cours d'une procédure d'ordre se résolvent précisément au moyen des autres règles écrites dans le Code civil, de telle sorte que les articles 2218 C.C.F., et 817 C.C.S. ne sont que des références aux autres règles du Droit civil, et sont presque inutiles.

§ 12. *Etendue de la garantie.*

849. L'article 818 C.C.S. ⁽⁴⁾ indique quelles sont les sommes, en principal et accessoires, garanties par le gage immobilier. Il garantit au créancier, d'abord, le capital de la créance, tel qu'il est porté sur le Registre foncier, sous réserve des dispositions de l'article 794, alinéa 2, relatif aux

(1) Cf. Planiol, II, n° 3373. Garsonnet. *Procédure civile*, V, n° 1678, p. 88.

(2) C.C.S., art. 817: « Le prix de vente de l'immeuble est distribué entre les créanciers selon leur rang.

« Les créanciers de même rang concourent au marc le franc. »

(3) Cf. Wieland, art. 817, n° 1.

(4) C.C.S., art. 818: « Le gage immobilier garantit au créancier :

« 1. Le capital;

« 2. Les frais de poursuite et les intérêts moratoires;

« 3. Les intérêts de trois années échus au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de vente et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance.

« Le taux primitif de l'intérêt ne peut dans la suite être porté à plus du cinq pour cent au préjudice des créanciers postérieurs. »

créances indéterminées, qui sont inscrites pour un maximum (hypothèque maximale), et pour lesquelles l'inscription garantit, non pas la somme inscrite, mais la créance, telle qu'elle sera déterminée, dans les limites fixées par le chiffre de la somme inscrite, qui représente donc un maximum. C'est, du reste, une règle générale qui s'applique à toute créance : le créancier a droit, non pas à la somme inscrite, mais à la somme due ; une créance, qui reste entièrement inscrite au Registre foncier, a pu être en partie payée, amortie, etc. ; or, le créancier ne peut demander que ce qui lui est dû, et, en outre, il ne peut faire valoir son gage immobilier que pour le chiffre inscrit qui représente donc toujours un maximum. S'il s'agit d'une rente viagère, on évaluera le capital à la somme nécessaire pour reconstituer la rente viagère dans un établissement de crédit sérieux ⁽¹⁾.

850. Avec le capital, le gage immobilier garantit :

1^o les frais de poursuite ;

2^o Les intérêts moratoires prévus par les articles 104 et 105 du Code des Obligations ;

3^o le montant des intérêts conventionnels de trois années échues au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de vente et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance, de sorte que ces intérêts ne peuvent être garantis par l'inscription que par un maximum de quatre ans.

4^o les frais faits en vue de la conservation de l'immeuble et prévus par les articles 808, alinéa 3, 810, alinéa 2, et 819 ⁽²⁾.

5^o les autres prestations telles que les clauses pénales, mais seulement si elles ont été inscrites au Registre foncier ⁽³⁾. Il est vrai qu'en ce cas il s'agit d'une créance éventuelle inscrite, distincte de la créance principale.

851. Le deuxième alinéa de l'article 818 décide que « le taux primitif de l'intérêt ne peut être porté à plus de 5 % au préjudice des créanciers postérieurs ». Cette disposition est formulée en termes impropres. En apparence, elle est inutile, comme étant évidente ; les parties ne peuvent pas, par une convention, aggraver la situation des créanciers postérieurs. Cependant, et c'est ici que le texte devient utile, dans le but d'éviter au débiteur une menace de demande de remboursement, la loi, par faveur, permet aux parties d'élever à 5 % au maximum un taux d'intérêts primi-

(1) Cf. Code des Obligations, art. 518, al. 3. Loi des Poursuites, art. 210, al. 2.
(2) On peut même dire que ces frais sont

protégés par un droit de gage légal, distinct du droit de gage qui garantit la créance.

(3) Cf. Wieland, art. 818, n^o 2.

tivement inférieur, ce qui aggrave un peu la situation des créanciers postérieurs (1). Il eût été préférable que le texte le dise sous cette forme positive, plutôt que sous la forme négative d'une prohibition.

852. Dans le Droit allemand, la question de l'étendue de la garantie est traitée par les articles 1118 et 1119 C.C.A. Aux termes du premier de ces textes, « en vertu de l'hypothèque », c'est-à-dire (2) indépendamment d'une énonciation spéciale dans l'inscription, l'immeuble répond aussi des intérêts légaux de la créance, des frais de la dénonciation et de la poursuite tendant à obtenir paiement sur l'immeuble. Cette disposition, qui constitue une exception au principe de la spécialité et au principe de l'inscription obligatoire s'explique cependant; tous les intéressés, notamment les créanciers postérieurs, connaissent l'existence de ces créances accessoires. Elle est conforme au droit antérieur de la plupart des Etats confédérés allemands, mais contraire à la loi prussienne du 5 mai 1872. Les intérêts protégés ne sont pas limités à une période de trois à quatre annuités, comme dans la loi suisse (3). Les intérêts légaux sont surtout les intérêts moratoires, prévus par les articles 288 et 289 C.C.S. (4).

853. L'article 1119 du C.C.A. est ainsi conçu : « Lorsque la créance « n'est pas productive d'intérêts, ou que l'intérêt convenu est inférieur « à 5 %, l'hypothèque peut être étendue, sans l'assentiment des ayants « droit de rang égal ou postérieur, de manière que l'immeuble réponde « des intérêts jusqu'à 5 %. Le consentement desdits ayants droit n'est « pas nécessaire non plus pour changer l'époque ou le lieu du paiement (5). » Comme on voit, la première partie de ce texte a été reproduite par l'article 818 C.C.S. Il constitue une dérogation aux règles posées par les articles 875 et 876 C.C.A., puisque cette élévation du taux de l'intérêt, nuisant aux créanciers postérieurs, ne devrait pas leur être opposable. La disposition se comprend cependant, pour les mêmes motifs qu'en Suisse, et elle est formulée en termes plus clairs. Quant aux changements relatifs à l'époque et au lieu du paiement, on conçoit aisément qu'ils soient laissés au libre choix des parties, n'aggravant pas la situation des autres ayants droit.

854. En France, les frais de saisie, d'adjudication, etc., sont privilégiés comme frais de justice (C.C.F., art. 2101). Quant aux intérêts ou arrérages, l'article 2151 C.C.F., dans son ancienne rédaction, décidait qu'ils étaient protégés par l'inscription pour une période de deux années

(1) Wieland, art. 818, n° 3.

(2) C.C.A., trad. Comité de lég. étrang., art. 1118, note.

(3) Cf. C.C.A., trad. de la Grasserie, art. 1118, note.

(4) Il faut mentionner encore les intérêts légaux prévus par le C.C.A., art. 291, 452, 641, 668, 675, 698, 1834.

(5) Art. 1119. Trad. Comité de lég. étrang.

et l'année courante. La loi du 17 juin 1893, modifiant l'article 2151, a simplifié le système en fixant à trois années les intérêts protégés; mais il faut que l'inscription mentionne que la créance est productive d'intérêts ou d'arrérages. Pour les intérêts et arrérages que l'inscription ne protège pas d'après les règles que nous venons de voir, ils peuvent être compris dans une inscription séparée, produisant effet à sa date.

855. On voit que, à la différence du Code allemand, la loi française ne protège les intérêts que si l'inscription les mentionne, même s'il s'agit d'intérêts légaux, tandis que le Code allemand protège les intérêts légaux sans qu'il soit besoin d'en faire mention dans l'inscription.

856. Le Code suisse a repris le système un peu compliqué de l'année courante à ajouter aux années échues. Il eût été préférable de reproduire la règle française de la loi du 17 juin 1893, qui est plus simple.

857. Le Code allemand n'a pas limité le nombre des annuités protégées; il peut en résulter une charge assez lourde diminuant sensiblement le gage des créanciers postérieurs. Il est vrai que la prescription de quatre ans, édictée par l'article 197 C.C.A. diminue le danger. Que se passera-t-il, au cas où cette prescription sera suspendue ou interrompue? En ce cas, les intérêts protégés s'accumuleront-ils indéfiniment? Nous n'examinons pas ici cette question.

§ 11. *Droit de gage en cas d'impense nécessaire.*

858. Aux termes de l'article 819 C.C.S. ⁽¹⁾, les impenses nécessaires faites par un créancier pour la conservation de l'immeuble, notamment en acquittant les primes d'assurance, sont garanties au même titre que la créance, sans inscription au Registre foncier. Ces créances ne sont pas traitées aussi favorablement que celles prévues par les articles 808 et 810 ⁽²⁾, car elles ne viennent qu'au rang de la créance et ne priment pas les droits de gage antérieurs. Cette différence est difficile à justifier, car il s'agit d'impenses nécessaires, qui ont conservé le gage de tous les créanciers. En France, ces sortes d'impenses ne sont pas privilégiées comme telles ⁽³⁾.

§ 13. *Droit de gage en cas d'amélioration du sol.*

859. Les articles 820 et 821 C.C.S. ⁽⁴⁾ posent des règles spéciales au

(1) C.C.S., art. 819 : « Les impenses nécessaires que le créancier fait pour la conservation de l'immeuble, notamment en acquittant les primes d'assurance dues par le propriétaire, sont garanties, au même titre que

la créance, sans inscription au Registre foncier. »

(2) Voir *suprà*, nos 775-788.

(3) Voir *suprà*, n° 785.

(4) C.C.S., art. 820 : « Lorsqu'un immeuble

Droit suisse. Nous avons déjà examiné, avec l'article 703 C.C.S. ⁽¹⁾, la question des améliorations foncières. Les articles 820 et 821 ont pour but de faciliter l'amélioration de la propriété foncière. Lorsqu'une amélioration aura été faite, le propriétaire pourra grever son immeuble d'une inscription relative aux frais faits pour cette amélioration. Cette inscription, prise sans avoir besoin du consentement des créanciers déjà inscrits, primera les inscriptions antérieures. Elle pourra garantir le montant total des frais, si l'autorité publique a donné son concours à l'exécution des améliorations; elle ne pourra être que des deux tiers au maximum, dans le cas contraire; et, en ce dernier cas, la dette devra être amortissable par annuités.

860. Il est possible de comparer, dans une certaine mesure, ces dispositions avec certaines règles du Droit français, qui a établi, par les articles 2103, n° 4, et 5, et 2110, un privilège passant avant les inscriptions, en faveur des architectes, entrepreneurs, ouvriers, prêteurs de deniers, qui ont amélioré l'immeuble par des travaux de construction et de réparation. Nous savons que, dans la pratique, ce privilège n'existe presque jamais ⁽²⁾. Au contraire, en France, l'article 2133 C.C.F. étend le droit du créancier hypothécaire à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué.

861. Aux termes de l'article 821 C.C.S., lorsqu'il s'agit d'améliorations exécutées sans subside de l'Etat, la dette s'amortit par annuités, et le droit de gage s'éteint trois années après l'exigibilité de chaque annuité. Après extinction partielle ou totale, il ne se forme pas une case libre, et les créanciers avancent en rang, sans qu'il soit besoin que l'inscription le dise, contrairement au principe formulé par l'article 814 C.C.S. Donc, après un certain délai, les améliorations profitent aux créanciers postérieurs. La combinaison des articles 820 et 821 C.C.S. permet de penser qu'il en est autrement lorsque les améliorations ont été exécutées avec le

rural a augmenté de valeur par suite d'une amélioration du sol exécutée avec le concours d'autorités publiques, le propriétaire peut le grever pour sa part de frais, en faveur de son créancier, d'un droit de gage, qui est inscrit au Registre foncier et qui prime toutes les autres charges inscrites sur le fonds.

« Le propriétaire ne peut grever son fonds que pour les deux tiers au plus de ses frais, lorsque l'amélioration du sol a été exécutée sans subside de l'Etat. »

Art. 821 : « Dans les cas d'améliorations du sol exécutées sans subside de l'Etat, la dette inscrite sera amortie par des annuités, qui ne peuvent être inférieures à cinq pour cent du capital.

« Le droit de gage s'éteint, tant pour la créance que pour chaque annuité, trois ans après qu'elles sont devenues exigibles, et les créanciers postérieurs avancent selon leur rang. »

(1) Voir *suprà*, n°s 750.

(2) Citons encore, en France, le privilège de l'Etat ou des concessionnaires pour dessèchement de marais, loi du 6 sept. 1807, art. 23; le privilège des bailleurs de fonds pour l'établissement d'une mine, loi du 21 avril 1810, art. 20; le privilège en matière de drainage, loi du 17 juillet 1856; le privilège de l'Etat pour frais de curage, élargissement, redressement des cours d'eau non navigables ni flottables, loi du 8 avril 1898, art. 23.

concours des autorités publiques, et que, dans ce dernier cas, il se forme une case libre disponible. La jurisprudence dira si cette différence existe réellement; elle est peu justifiée; il faut choisir entre deux solutions également raisonnables : ou bien dire que les créanciers n'ont pas à profiter d'améliorations sur lesquelles ils n'ont pas compté, et que le propriétaire a une case libre disponible, ou bien que les améliorations s'amortissent avec les revenus de l'immeuble, et qu'après amortissement le propriétaire ne doit profiter de l'amélioration que sous la forme du nouveau crédit immobilier que lui donne l'immeuble amélioré, à la suite des gages inscrits. Au fond, la solution française de l'article 2133 C.C.F., si elle est critiquable au point de vue du raisonnement pur, a le mérite de la simplicité.

§ 14. *Droit à l'indemnité d'assurance.*

862. L'article 822 C.C.S. (1) consacre ce principe, devenu normal avec le développement des assurances, que l'indemnité d'assurance remplace, au point de vue du droit des créanciers gagistes ou hypothécaires, l'objet assuré disparu ou détérioré.

863. Cependant, l'article 822 laisse au Droit cantonal le soin de régler la question en ce qui concerne l'une des assurances les plus importantes, la plus importante peut-être : l'assurance contre l'incendie. Il s'agit ici, semble-t-il, de l'assurance officielle obligatoire contre l'incendie (2).

864. D'une manière générale, le droit de gage s'étend, non seulement à l'assurance de l'immeuble lui-même, mais aussi à l'assurance relative à ses parties intégrantes, et aux fruits (assurance contre la grêle, etc.), du moins dans la mesure où les fruits répondent de la dette. L'assurance des fruits ne profite donc au créancier gagiste que dans le cas où les fruits ont déjà été saisis, sinon la destruction des fruits ne produit d'autre effet que de les soustraire à la saisie (3).

865. Le droit de gage porte sur la créance du propriétaire contre l'assureur; c'est un droit de gage sur une créance (C.C.S., art. 899 et ss.) (4). Cependant, ce droit de gage est légal et n'est pas soumis aux dispositions des articles 900 et autres C.C.S. relatives à la constitution du

(1) C.C.S., art. 822 : « Les indemnités d'assurance exigibles ne peuvent être payées au propriétaire que du consentement de tous les créanciers ayant un droit de gage sur l'immeuble.

« Elles sont cependant versées contre sûretés suffisantes au propriétaire, pour le rétablissement de l'immeuble grevé.

« Demeurent réservées les règles du Droit

cantonal en matière d'assurance contre l'incendie. »

(2) Cf. Wieland, art. 822, n° 1. *Schweiz. P.R.*, p. 613 et ss.

(3) Wieland, art. 822, n° 2.

(4) Wieland, art. 822, n° 5. Trib. cant. des Grisons, 13 nov. 1895. Rapport du Service fédéral des assurances, 1905, décision n° 250.

gage mobilier (remise de la police, etc.). De même, il n'est pas nécessaire d'aviser l'assureur. Le propriétaire peut-il engager à un tiers la créance éventuelle résultant du contrat d'assurance ? Nous croyons qu'il faut répondre par l'affirmative lorsqu'il s'agit d'une assurance contractée postérieurement au contrat de gage immobilier, et que la créance éventuelle est, au moment même où le contrat d'assurance est passé, affectée à la garantie des tiers, par exemple d'un prêteur de fonds qui a fait une avance permettant une modification de la culture, et qui a exigé en garantie un droit de gage sur l'assurance de la récolte. En ce cas, en effet, la créance éventuelle contre l'assureur naît grevée de ce droit de gage conventionnel. Mais, dans les autres cas, la créance éventuelle contre l'assureur est, aux termes de l'article 822, grevée d'un droit de gage légal, et le propriétaire ne peut pas disposer de sa créance éventuelle au mépris des droits des créanciers inscrits, auxquels profite, sans qu'ils aient aucune formalité à remplir, ce droit de gage légal.

866. Ce droit de gage sur la créance du propriétaire contre l'assureur s'éteint lorsque les lieux ont été rétablis dans leur état primitif. Si, par exemple (1), l'indemnité a été payée au propriétaire sans le consentement des créanciers ayant un gage immobilier, et que le propriétaire l'ait employée à remettre les lieux en l'état, les créanciers ne peuvent se plaindre ; il résulte de l'article 822, alinéa 2, qu'ils sont sans intérêt. Mais, en principe, pour que l'assureur puisse verser l'indemnité au propriétaire, il faut le consentement unanime de tous les créanciers gagistes. Cependant, le propriétaire peut exiger le paiement de l'indemnité en offrant des sûretés suffisantes pour le rétablissement de l'immeuble grevé. Le juge décide quelles sûretés seront considérées comme suffisantes. Selon M. Wieland (2), « les créanciers gagistes sont libres d'autoriser la société d'assurance, ou « l'établissement de dépôt, à payer l'indemnité par acomptes au fur et « à mesure de l'avancement des travaux ». S'il s'agit de payer l'entrepreneur par acompte, la proposition est évidente, et le juge peut considérer que c'est là la meilleure des sûretés, en prenant le mot dans un sens général, puisque les fonds servent directement au rétablissement des lieux. Nous croyons, par un raisonnement *a fortiori*, et bien qu'il n'y ait pas là une *sûreté* dans le sens juridique du mot, que, sur la demande du propriétaire, le juge peut imposer ce procédé aux créanciers. Par contre, nous ne croyons pas que le juge puisse, contre le gré des créanciers, autoriser le paiement entre les mains du propriétaire au fur et à mesure de l'avancement des travaux, soit à cause des difficultés qui pourraient résulter de

(1) Wieland, art. 822, n° 5.

(2) Wieland, art. 822, n° 6.

l'hypothèque légale de l'entrepreneur (C.C.S., art. 839, 840, 841), soit parce que l'entrepreneur, s'il n'est pas payé régulièrement par le propriétaire, risque d'arrêter brusquement les travaux, et qu'il n'est pas sûr qu'un autre entrepreneur consente à les terminer aux mêmes conditions.

867. Si l'indemnité ne sert pas au rétablissement des lieux, elle est distribuée aux créanciers, suivant leur rang, par l'Office des poursuites. L'assureur peut opposer aux créanciers gagistes toutes les exceptions qu'il pourrait opposer au propriétaire. Mais, depuis le moment où l'indemnité est exigible, et où commence à s'appliquer l'article 822, il ne peut plus y avoir de dation en paiement ni de compensation.

868. Quant aux autres indemnités, parmi lesquelles M. Wieland ⁽¹⁾ cite les indemnités dues pour les destructions d'étables en application des règles relatives à la lutte contre les épizooties, elles ne rentrent pas dans le cadre de l'article 822, et ne sont soumises au droit de gage qu'autant que des lois spéciales le prévoieraient. A défaut de lois spéciales, les créanciers n'ont que les droits que leur confère l'article 810 C.C.S.

869. Le Code allemand traite la question des indemnités d'assurance, au point de vue des droits des créanciers hypothécaires, dans les articles 1127, 1128, 1129 et 1130 C.C.A. Comme en Suisse, l'hypothèque s'étend à la créance contre l'assureur, à moins que l'objet assuré ne soit reconstitué ou remplacé. Pour les bâtiments, le créancier hypothécaire doit recevoir avis du droit du propriétaire à l'indemnité; il a un délai d'un mois pour faire défense à l'assureur de payer. Pour le surplus, on applique les règles relatives aux créances données en gage. Si l'objet assuré est autre qu'un bâtiment, les règles à appliquer sont celles des articles 1123, alinéa 2, n° 1, et 1124, alinéas 2 et 3, relatifs à l'extension de l'hypothèque aux loyers et fermages. Aux termes de l'article 1130, lorsque, d'après les clauses de l'assurance, l'indemnité doit être affectée obligatoirement à la reconstitution de l'objet assuré, « le paiement fait à l'assuré conformément à ces clauses est opposable au créancier hypothécaire ». Cette disposition s'applique aux bâtiments comme aux autres objets assurés ⁽²⁾. Ces clauses, qui empêchent le propriétaire de dissiper l'indemnité et aboutissent à la reconstitution de l'objet assuré, sont fort utiles; il faudrait qu'elles deviennent de style, sinon le Droit suisse, qui encourage très heureusement le propriétaire à reconstituer l'objet assuré, serait très supérieur au Droit allemand.

870. En Droit français, nous avons déjà abordé la question du droit

(1) Wieland, art. 822, n° 9.

(2) C.C.A., trad. Comité de lég. étrang., art. 1130 et note.

des créanciers sur l'indemnité représentative de l'immeuble ⁽¹⁾. En raisonnant d'une manière purement théorique, il faut admettre que, si l'indemnité basée sur une responsabilité représente directement l'objet détruit, il n'en est pas de même de l'indemnité d'assurance qui représente, non pas la chose détruite, mais bien un capital de réserve obtenu par voie d'abonnement, accompagnant un contrat aléatoire passé avec la Compagnie d'assurance, ou avec les autres assurés s'il s'agit d'une assurance mutuelle.

871. Cette notion théorique, d'abord admise dans le Droit français pratique, s'effaça peu à peu. D'abord, par une clause expresse de son contrat d'emprunt, l'assuré délégua l'indemnité à son créancier. Cette clause devint une clause de style, connue sous le nom de « subrogation à l'indemnité d'assurance ». Il ne restait plus qu'à sous-entendre la clause de style, comme le proposition en fut faite, en 1850, lorsque se préparait une réforme du régime hypothécaire. Le législateur belge accepta l'idée, et l'article 10 de la loi belge du 16 décembre 1851 considère la clause comme sous-entendue. En France, la loi du 28 mai 1858 sur les magasins généraux admit l'idée, et décida qu'en cas de sinistre les porteurs de warrants, qui sont des créanciers gagistes, exerceraient leur droit de préférence sur l'indemnité due par l'assureur. La loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime, admit le même principe, mais, sur la réclamation des Compagnies d'assurance, cette loi fut modifiée par celle du 10 juillet 1885 ⁽²⁾.

872. Enfin, la loi du 19 février 1889 admit le principe d'une manière générale pour tous les genres d'assurance : incendie, grêle, mortalité du bétail, etc., et au profit de tout créancier muni d'un droit réel : gagiste, privilégié, hypothécaire. Aux termes de l'article 2 de cette loi, la somme due par l'assureur se trouve subrogée à la chose détruite. Mais les créanciers doivent faire opposition, faute de quoi les paiements faits de bonne foi par l'assureur sont valables.

873. Cette nécessité de l'opposition a été admise par suite des protestations des assureurs de navires, qui s'étaient plaints déjà de ce que la loi du 10 décembre 1874 gênait leurs paiements ; elle est regrettable, car l'assureur peut, sans difficulté, connaître les hypothèques (sauf les hypothèques occultes, pour lesquelles la nécessité de l'opposition se comprend très bien), tandis que les créanciers peuvent ne pas connaître le contrat d'assurance, ni quel est l'assureur, et peuvent ignorer le sinistre, ce qui risque de rendre leur droit illusoire. Le système suisse de l'article 822

(1) Cf. Planiol, II, n^{os} 3445 et ss.

(2) Cf. L. 5 juillet 1917 sur l'hypothèque fluviale.

C.C.S. qui donne au créancier gagiste, sans formalité, un droit légal ou, en tous cas, un droit de surveillance sur l'indemnité d'assurance, est certainement préférable, et plus avantageux pour le crédit immobilier, puisque le créancier est mieux garanti.

§ 18. *Représentation du créancier.*

874. L'article 823 C.C.S. ⁽¹⁾ permet, dans le cas où le créancier est inconnu, ou sans domicile connu, lorsqu'il y a lieu de prendre d'urgence une décision impossible à renvoyer, et que l'intervention personnelle du créancier est prévue par la loi, de remplacer ce créancier par un curateur nommé par l'autorité tutélaire. M. Wieland cite, comme cas d'urgence ⁽²⁾, les cas suivants : réception d'avis du remboursement, autres avis prévus aux articles 832, alinéa 2, 833, alinéa 2, 834; délivrance du titre, article 873. Il estime avec raison que, sauf cas spéciaux difficiles à prévoir, la nomination du curateur ne sera pas nécessaire lorsqu'il s'agit simplement de recevoir un paiement; en ce cas la consignation, prévue par l'article 861, alinéa 2, présente des commodités suffisantes.

875. En somme, l'« autorité tutélaire » suisse a, ici, un pouvoir considérable, et de nature à faciliter le règlement rapide des questions relatives aux gages immobiliers. Il semble, d'après le texte, qu'elle peut donner au curateur des pouvoirs, peut-être plus spéciaux et plus limités quant à la personne du curateur, mais beaucoup plus étendus quant à la nature des pouvoirs spécialement délégués, que ne peut le faire le tribunal français, aux termes des articles 112 et 113 C.C.F.

CHAPITRE XI

L'HYPOTHÈQUE

SECTION I. — Généralités. Constitution et extinction.

876. Les articles 824 et 825 C.C.S. ⁽³⁾, qui contiennent des dispositions générales sur l'hypothèque, n'en donnent pas la définition.

(1) C.C.S., art. 823 : « A la requête du débiteur ou d'autres intéressés, l'autorité tutélaire peut nommer un curateur au créancier dont le nom ou le domicile sont inconnus, lorsque l'intervention personnelle de ce créancier est prévue par la loi et qu'il y a lieu de

prendre d'urgence une décision.

« L'autorité tutélaire compétente est celle du lieu où le gage est situé. »

(2) Wieland, art. 823, note.

(3) C.C.S., art. 824. : « L'hypothèque peut être constituée pour sûreté d'une créance

877. Nous avons étudié le gage immobilier suisse, et nous savons que l'hypothèque, en Suisse, est une des espèces du gage immobilier (C.C.S., art. 793) ⁽¹⁾. Il résulte des termes des articles 824 et 825 que l'hypothèque est caractérisée, d'une part, par ce fait qu'elle est constituée pour sûreté d'une créance personnelle, et, d'autre part, par le fait qu'elle n'est pas incorporée dans un titre. Elle se distingue ainsi de la lettre de rente qui n'accompagne pas une créance personnelle, et de la cédule hypothécaire qui est incorporée dans un titre de gage. Le débiteur personnel peut, du reste, être distinct du propriétaire de l'immeuble hypothéqué (C.C.S., art. 824, al. 2).

878. Comme le fait observer M. Wieland ⁽²⁾, il résulte de cette différence entre l'hypothèque, d'une part, la cédule hypothécaire et la lettre de rente, d'autre part, que, pour la cédule et la lettre de rente, les effets de l'inscription au Registre foncier (principe de l'inscription, principe de la publicité, présomption que le titulaire de l'inscription est titulaire du droit réel) s'attachent aussi bien à la créance qu'au droit de gage, tandis que, pour l'hypothèque, ces effets ne se produisent qu'à l'égard du droit de gage, et non à l'égard de la créance. C'est ce qui explique que, pour l'hypothèque, le droit de gage puisse être inscrit alors que la créance n'est pas encore née (C.C.S., art. 824, al. 1), par exemple lorsqu'il s'agit de la créance éventuelle fondée sur une stipulation de dommages-intérêts. Sans doute, le droit de gage ne développe ses effets que lorsque la créance sera née, mais il n'en pourra pas moins être inscrit dès auparavant.

879. En outre, l'inscription ne produit les effets de la « foi publique » qu'à l'égard du droit de gage, et non à l'égard de la créance elle-même. Ainsi, l'acquéreur de la créance ne peut pas se baser sur l'inscription pour répliquer aux exceptions que le débiteur peut faire valoir : remboursement, nullité de l'obligation, etc., car la cession de cette créance est régie par les règles ordinaires des articles 164 et ss. du Code des Obligations, et ces règles disposent que le débiteur peut opposer aux cessionnaires les exceptions qu'il pourrait opposer au cédant (art. 169, Code des Obligations).

880. Il est facile d'en conclure que l'hypothèque sera surtout em-

quelconque, actuelle, future ou simplement éventuelle.

« L'immeuble grevé peut ne pas appartenir au débiteur. »

Art. 825 : « L'hypothèque constituée même pour sûreté de créances d'un montant indéterminé ou variable reçoit une case fixe et garde son rang, nonobstant toutes fluctuations de la somme garantie.

« Le bureau du Registre foncier délivre un extrait au créancier qui en fait la demande; cet extrait, exclusivement destiné à faire preuve de l'inscription, n'est pas un papier-valeur.

« L'extrait peut être remplacé par un certificat d'inscription sur le contrat. »

(1) Voir *suprà*, n^{os} 697 et ss.

(2) Wieland, art. 825, n^o 1.

ployée lorsqu'il s'agira de créances qui ne sont pas destinées à circuler, car, en cas de cession, le cessionnaire devra s'entourer de renseignements précis avant d'accepter la cession, ce qui rendra moins aisée la circulation de ces sortes de créances.

881. En somme, l'hypothèque suisse correspond exactement à l'hypothèque française, non pas dans le sens général du mot *hypothèque* dans le Droit français, mais telle qu'elle existe en France dans la pratique habituelle.

882. L'hypothèque ne peut résulter que d'un contrat de gage passé en forme authentique (C.C.S., art. 799, al. 2), ou encore, dans quelques cas, de la loi (C.C.S., art. 836 à 841).

883. Quand le propriétaire de l'immeuble hypothéqué est un autre que le débiteur personnel, s'il a consenti l'hypothèque dans le but d'aider le débiteur, il porte alors, en France, le nom de *caution réelle*. Si (C.C.S., art. 832), le propriétaire de l'immeuble hypothéqué est un autre que le débiteur personnel parce qu'il a acquis de ce dernier l'immeuble hypothéqué, il porte alors le nom de *tiers-détenteur*, mot qui, pris dans un sens plus large, désigne aussi tout propriétaire d'un immeuble hypothéqué qui n'est pas tenu personnellement de la dette. Dans ces divers cas, de nombreux auteurs ⁽¹⁾ emploient l'expression de *dette réelle*.

884. Il est à noter que cette situation de la caution réelle ou du tiers-détenteur est fort différente de celle du débiteur personnel propriétaire de l'immeuble hypothéqué. On peut dire que, *en ce qui les concerne*, l'hypothèque paraît échapper à la définition que nous en avons donnée, en Droit suisse, puisque l'hypothèque est précisément caractérisée par ceci qu'elle est un droit de gage constitué en garantie d'une créance personnelle, et qu'il n'existe pas, en ce qui concerne ce propriétaire, de créance personnelle. Cependant, en regardant la situation de plus près, la définition est bien toujours exacte, car la caution réelle ou le tiers-détenteur peuvent opposer au créancier toutes les exceptions que pourrait opposer le débiteur personnel ⁽²⁾, de telle sorte que, même à leur égard, l'hypothèque est bien toujours rattachée à une créance personnelle.

885. La preuve de l'hypothèque résulte de l'inscription ⁽³⁾. Mais l'inscription ne prouve pas la créance. Il est vrai qu'il résulte des termes de l'article 937, alinéa 1, C.C.S. ⁽⁴⁾ que le titulaire de l'inscription au Registre foncier est présumé créancier gagiste, mais cette présomption ne s'ap-

(1) Voir Wieland, art. 825, n° 3. Cf. Gierke, p. 834, note 13. Kober, C.C.A., art. 1113, Rem. I, 1. Planck, Rem. ad art. 1113 C.C.A.

(2) Voir *Exposé des Motifs*, p. 192 (596). Cf. Wieland, art. 825, n° 3.

(3) Cf. C.C.S., art. 825, al. 2.

(4) Cf. Wieland, art. 825, n° 4.

plique qu'au droit de gage lui-même, non à la créance. Le projet de Code civil contenait un article 811, alinéa 3, disant que « l'inscription de l'hypothèque ne fait pas preuve de la créance ». Ce texte fut abandonné comme soulevant des difficultés (1), mais l'idée subsiste.

886. Au contraire, pour la cédule hypothécaire et la lettre de rente, le titre délivré par le conservateur constitue un *papier-valeur*, qui fait preuve de la créance et du droit de gage, ou, plus simplement, qui vaut, par lui-même, comme créance assortie d'un gage immobilier.

887. Cette force probante du Registre foncier, même limitée au droit de gage, comme il arrive pour l'hypothèque suisse, rentre bien dans le cadre de l'institution du Registre. En Droit français, l'inscription hypothécaire ne fait preuve, par elle-même, ni de la créance, ni même de l'hypothèque, car, au cours de la procédure d'ordre, et même avant que cette procédure ne soit ouverte, les intéressés, lorsque le créancier veut faire valoir son droit, peuvent exiger qu'il présente le jugement prévu par l'article 2123 C.C.F., ou l'acte authentique prévu par l'article 2127, C.C.F., ou encore qu'il justifie de l'existence des conditions exigées par la loi pour qu'il y ait privilège ou hypothèque légale. En fait, et bien que le conservateur n'ait pas légalement le devoir de vérifier l'exactitude des indications contenues dans les bordereaux prévus aux articles 2148 et 2153 C.C.F., les inscriptions, comme telles, sont rarement contestées, alors surtout qu'elles sont généralement prises par l'intermédiaire d'officiers publics, notaires ou avoués.

888. L'hypothèque peut être constituée, décide l'article 824, alinéa 1, non seulement pour sûreté d'une créance actuelle, mais aussi pour sûreté d'une créance future, ou seulement éventuelle, et, ajoute l'article 825, alinéa 1, même pour sûreté d'une créance indéterminée ou variable; en ce dernier cas, elle reçoit une case fixe et garde son rang, malgré toutes fluctuations de la somme garantie.

889. Ainsi, l'hypothèque est une sûreté très souple, permettant d'utiliser le crédit immobilier pour garantir les créances les plus diverses. Une créance variable, résultant d'une ouverture de crédit, une créance conditionnelle, une créance éventuelle, par exemple celle qui peut résulter de l'application d'une clause pénale, seront garanties par une hypothèque, à un rang fixé par une inscription antérieure à l'existence de la créance, ou du moins, antérieure au moment où le chiffre de cette créance sera déterminé.

890. A ce point de vue, notre régime hypothécaire français présente

(1) Voir *Bull. Stén.* 1906/30, p. 857.

la même souplesse et la même variété d'application. L'hypothèque peut garantir, à un rang fixe, une créance variable, résultant, par exemple, d'une ouverture de crédit en compte courant, ou une créance conditionnelle, avec application du principe que la condition accomplie produit un effet rétroactif, ce qui n'est pas identiquement apprécié par le Droit français et par le Droit suisse. En Suisse, il résulte des articles 151 et 154 du Code des Obligations que, pour que la condition suspensive ou résolutoire produise un effet rétroactif, il faut que les parties l'aient entendu ainsi; à défaut de volonté des parties manifestées en ce sens, la condition accomplie ne produit pas d'effet rétroactif. Les principes de l'hypothèque suisse, qui ne peut exister que comme accessoire d'une créance personnelle, et la règle de la non-rétroactivité de la réalisation des conditions amèneraient à penser que l'hypothèque n'existera et ne prendra rang qu'au moment où la condition suspensive s'accomplit. Mais il résulte des articles 824 et 825 qu'il n'en est pas ainsi, et que, bien qu'en somme la créance n'existe pas encore, l'hypothèque n'en garde pas moins son rang. Ceci s'explique, d'une part, par ce fait que la créance conditionnelle, bien que n'existant pas encore comme créance, est déjà plus qu'une espérance; c'est un droit qui est dans le patrimoine ⁽¹⁾, et peut être protégé par une sûreté réelle; d'autre part, avec le système des cases de l'article 813 C.C.S., puisqu'il est permis de réserver une case libre, que n'occupe aucune créance, il est *a fortiori* permis de l'occuper par une créance conditionnelle. Si la condition défaille, la case devient libre, et, si elle n'est pas occupée autrement avant la réalisation du gage, il faudra appliquer l'article 815 C.C.S., et faire avancer en rang les créanciers postérieurs. Si la condition est en suspens lors de la réalisation du gage, nous croyons que, si la condition est *résolutoire*, il faut colloquer le créancier conditionnel, moyennant des sûretés pour le cas de résolution; si elle est *suspensive*, la question est plus délicate: la case ne peut être considérée comme libre, dans les termes de l'article 815, puisqu'elle est légitimement occupée. En ce cas, il faudra consigner la somme ⁽²⁾, et l'attribuer au créancier quand la condition s'accomplira; si elle défaille, il semble impossible de dire que la case sera rétroactivement considérée comme libre lors de la réalisation du gage, puisqu'elle était légitimement occupée; la conclusion logique est que la somme consignée sera attribuée à tous les créanciers, et non pas aux créanciers hypothécaires spécialement. De même,

(1) Rossel et Mentha. *Droit civil*, III, p. 193. Cf. p. 195. Cf. Loi des Poursuites et faillites, art. 210, al. 1.

(2) Loi des Poursuites et faillites, art. 264 al. 3.

dans le cas ci-dessus, si la condition résolutoire s'accomplit, la somme à restituer par le créancier sera affectée à tous les créanciers et non pas seulement aux créanciers hypothécaires non payés. Ceux-ci ne peuvent se plaindre ; ils ne sont pas frustrés, ils connaissent leur rang, et savaient que la règle, c'est la fixité des cases, résultant de l'article 813, et que l'avancement en rang de l'article 815 est une exception à appliquer restrictivement.

891. En Suisse, lorsqu'il s'agit d'une créance variable, l'inscription doit indiquer un chiffre maximum ⁽¹⁾ (*Höchsthypothek, Höchstbetrag*).

892. Il est même permis, du moins d'après les auteurs ⁽²⁾, et ici le Droit suisse apparaît plus large que le Droit français, à tel point qu'il l'est peut-être trop, et peut faciliter des opérations fictives ou frauduleuses, de constituer une hypothèque sans indiquer d'une manière précise le rapport de droit d'où naîtra la créance garantie ; il suffit que la créance puisse être déterminée lors de la réalisation du gage ; par exemple on peut garantir par une hypothèque les créances simplement concevables qui appartiendront dans l'avenir à telle ou telle personne, ce qui est bien vague, ou encore, ce qui est un peu plus précis, les créances représentant *l'avoir* par lequel se solderont les rapports d'affaires de tel commerçant avec tel client. La jurisprudence dira à quel point il convient de s'arrêter dans cette voie.

893. Pour la question si importante de l'ouverture de crédit en compte courant, nous nous bornerons à citer M. Wieland ⁽³⁾ : « La convention « passée lors de l'ouverture du crédit détermine le moment où la créance « est exigible. Si les parties se trouvent en compte courant, le droit de gage « ne peut être réalisé que pour procurer le remboursement du solde. « Lorsque le droit de gage doit être liquidé avant ce moment, pour une « raison ou pour une autre, le solde existant au moment de la liquidation « est déterminant. Jusqu'à l'expiration du contrat de crédit, toutes les « sommes avancées sont au bénéfice de la garantie. Si le contrat vient à « être résilié, ou si le créancier refuse de nouveaux crédits, parce que, « par exemple, le débiteur a suspendu ses paiements, le propriétaire de « l'immeuble est en droit de demander la radiation de l'inscription. Cf. « C.O., art. 316 ⁽⁴⁾. La saisie de l'immeuble n'entraîne pas la résiliation « du contrat. Par suite, les sommes créditées depuis la saisie sont encore « au bénéfice du gage. Dès l'ouverture de la faillite du débiteur ⁽⁵⁾, les

(1) C.C.S., art. 794, al. 2.

(2) Cf. Wieland, art. 325, n° 5. Dernburg, p. 808. — Gierke, § 163. Rem. 44.

(3) Wieland, art. 325, n° 5. *b. aa.*

(4) Naturellement la garantie subsiste pour les avances faites antérieurement.

(5) En Suisse, le régime de la faillite s'étend, au moins en cas d'insolvabilité, aux

« crédits ne peuvent plus lui être consentis que du consentement de la « masse (1). » En ce qui concerne les droits de gage constitués en faveur de créances qui naissent d'un compte-courant (2), « le gage garantit ici « le solde qui s'établit par compensation des créances à terme. Si le compte-courant n'est pas prolongé, à la fin de l'exercice, le propriétaire est en « droit de demander la radiation (3) ».

894. L'hypothèque suisse peut jouer aussi, dans une certaine mesure, le rôle de l'hypothèque légale française de la femme mariée et du mineur : « Mentionnons, en particulier, les sûretés en faveur des créances de la « femme sous le régime de l'union des biens. Art. 205, al. 2. Cf. Schweitz. « P. R., p. 473; Escher, p. 248 et ss. L'hypothèque du C.C.S. remplace « les *Widerlegbriefe*, les *Frauengutsversicherungsbriefe*, les *assignats* du « droit cantonal. Le droit de gage vaut jusqu'à concurrence de la créance « possédée par la femme. Il peut s'élever, lorsque par exemple la femme « fait un héritage, ou diminuer au contraire si la femme commerçante « subit des pertes dans ses affaires, etc. La garantie réelle dure aussi long- « temps que le droit de disposition du mari sur les biens de la femme. « Lors de la dissolution du mariage, par la mort ou le divorce, lors de la « séparation de biens, le mari ou ses héritiers sont en droit de requérir « la radiation de l'inscription au Registre foncier, dès que la femme a été « désintéressée. Articles 154, 155, 182 et ss., 210-213. Citons encore les « *sûretés en faveur des biens des enfants (Muttergutsversicherung)*, article « 297, alinéa 2. Escher, p. 251 et ss.; des *biens du pupille* vis-à-vis du « tuteur, article 449; des biens qui doivent passer à l'appelé, article 490, « alinéa 2; des droits du propriétaire à l'égard de l'usufruitier, articles « 760-762 (4). »

L'hypothèque peut aussi garantir les créances futures pouvant résulter de dommages-intérêts (5) : cautionnement sous forme d'hypothèque, *Kautionshypothek*, connu aussi dans les législations cantonales sous les noms de *Schadlosbriefe*, *gardance de dams* (6). On peut citer les cautionnements de fonctionnaires ou d'employés; en ce cas l'hypothèque produit des effets à rapprocher de ceux de l'hypothèque légale de l'article 2121, § 3 C.C.F.

895. Quant aux effets de l'inscription, nous savons déjà qu'elle ne

non-commerçants, comme aux commerçants. Voir Thaller. *Droit commercial, Faillites* (par M. Percerou), I, pp. 63 et ss.

(1) Cf. Kober. Rem. 3. c, ad art. 1190 C.C.A. — Endemann, II, p. 745, note 32, cités par Wieland, *ibid.*

(2) Cf. *Schweiz, P.R.*, p. 459.

(3) Wieland, *ibid.*, b., bb.

(4) Wieland, art. 825, n° 5, b, cc.

(5) Voir Wieland, *ibid.*, b, dd.

(6) En tant que ces formes de garantie sont compatibles avec le Code civil suisse.

crée pas le droit de gage, de même que l'inscription au Registre foncier ne confère pas, à elle seule, le droit de propriété ⁽¹⁾. Cependant, elle produit des effets qui résultent, disent les auteurs ⁽²⁾ de son *existence formelle*. Cette expression n'a guère que la valeur d'un mot; le véritable effet de l'inscription, par elle-même, et à elle seule, c'est qu'elle produit une chute du crédit immobilier du propriétaire, proportionnelle au chiffre porté dans l'inscription et au rang de celle-ci. En effet, l'existence d'une inscription d'hypothèque, quand bien même elle ne représenterait aucune créance, comme dans le cas d'une ouverture de crédit non réalisée, ou d'un compte-courant se soldant par zéro, ou d'une éventualité de dommages-intérêts qui ne s'est pas réalisée, empêchera un prêteur, ou tout autre intéressé, d'attribuer à l'immeuble une valeur de crédit si ce n'est en tenant compte du risque que lui fait courir l'inscription et la créance qui pourrait être appelée à en profiter. Ceci est commun aux législations française et suisse; en outre, en Suisse, l'inscription jouera ici le même rôle que la case libre prévue par l'article 813, alinéa 2 C.C.S., avec cette aggravation que l'avancement en rang prévu par l'article 815 ne se produira pas nécessairement.

896. Bien que l'hypothèque soit attachée à une créance déterminée ou déterminable, il est permis au créancier et au propriétaire de convenir qu'une nouvelle créance remplacera l'ancienne. Il faut pour cela, en Suisse ⁽³⁾ comme en France, et comme l'exigeait déjà Pothier, le consentement du propriétaire, notamment quand il est autre que le débiteur personnel. Telle est, du moins, l'opinion de M. Planiol ⁽⁴⁾, malgré les termes de l'article 1278 C.C.F. « qui semblent accorder au créancier, en termes « absolus, la faculté de se réserver, sans le consentement de personne, les « privilèges et hypothèques de son ancienne créance ». Le consentement du débiteur personnel n'est pas nécessaire, le créancier peut, en ce qui le concerne, renoncer au droit de gage qui garantissait sa créance, sans son consentement.

897. L'article 826 C.C.S. ⁽⁵⁾ s'explique aisément. L'hypothèque n'existant qu'accessoirement à une créance, il en résulte que l'extinction de la créance donne au propriétaire le droit d'exiger la libération de son immeuble, au moyen de la radiation de l'inscription. Cette radiation est plus nécessaire en Droit suisse qu'en Droit français, car, tant qu'elle n'a pas eu lieu, le propriétaire ne peut pas disposer de la case, ni constituer

(1) Voir *suprà*, nos 124 et ss., 574 et ss.

(2) Voir Wieland, art. 825, n° 5, c.

(3) Cf. Wieland, art. 825, n° 7.

(4) Cf. Planiol, II, n° 550 et la note.

(5) C.C.S., art. 826 : « Lorsque la créance est éteinte, le propriétaire de l'immeuble grevé a le droit d'exiger du créancier qu'il consente à la radiation. »

un nouveau droit de gage remplaçant celui qui est éteint. C'est l'effet du système des cases admis par l'article 814 C.C.S.

898. En France, au contraire, le principe de l'avancement automatique des inscriptions, à mesure que disparaissent celles qui les priment, rend la radiation moins nécessaire; un prêteur qui a constaté l'extinction d'une créance inscrite se soucie peu de la persistance de l'inscription. En fait, les procédures des ordres permettent de constater que beaucoup d'inscriptions subsistent après l'extinction de la créance, et les parties préfèrent souvent attendre la péremption de l'inscription par l'expiration du délai de dix ans fixé par l'article 2154 C.C.F.

899. En Suisse, il a été soutenu que le droit de gage, tant que la radiation n'a pas été opérée, conserve une existence matérielle; l'article 801, alinéa 1 C.C.S. dit en effet que « le droit de gage s'éteint par la radiation de l'inscription »; on pourrait en tirer un argument en faveur de cette opinion, dont on trouve un écho dans les travaux préparatoires du C.C.S. (1). M. Wieland (2) combat avec raison cette interprétation. Le droit de gage s'éteint avec la créance, la radiation n'a plus à supprimer que les *effets formels* (occupation d'une case, diminution du crédit immobilier du propriétaire) que déploie encore l'inscription après l'extinction de la créance.

900. Dans certains cas, le droit de gage a disparu matériellement, avant la radiation, et celle-ci pourra être demandée par voie d'action en rectification (C.C.S., art. 975); c'est ce qui se produit notamment en cas d'extinction de la créance et, selon M. Wieland (3), en cas de renonciation au droit de gage, ce qui nous semble douteux, car, jusqu'à la radiation, la renonciation au droit de gage ne nous paraît conférer au propriétaire que le droit d'exercer une action personnelle tendant à obtenir la radiation. Dans d'autres cas, l'action en rectification n'est pas ouverte, le propriétaire n'a qu'une action personnelle contre le créancier; c'est ce qui se produira en cas de convention par laquelle le créancier s'engage à renoncer, dans la suite, au droit de gage (renonciation, transaction, remise de dette) (4).

901. Les créanciers gagistes de rang postérieur peuvent être recevables à intenter l'action en rectification, tendant à la radiation, lorsque cette action est recevable; ceci pourra se produire, par exemple, quand une convention inscrite au Registre leur donne le droit de profiter des cases libres (C.C.S., art. 814, al. 3).

(1) *Bull. stén.* 1906/30, p. 850, 62, p. 1402.
Cf. *Exposé des Motifs*, p. 191.

(2) Wieland, art. 826, n° 1. Cf. *Exposé des Motifs*, p. 143.

(3) *Ibid.* (4) *Ibid.*

902. En cas de confusion sur la même tête des qualités de propriétaire et de créancier, la créance et le droit de gage subsistent comme hypothèque sur soi-même (*forderungsbekleidete Eigentümerhypothek*, hypothèque en faveur du propriétaire attachée à une créance). En cas de confusion des qualités de créancier et de débiteur, le droit de gage et la créance subsistent d'une manière latente, jusqu'au moment où ils sortiront de nouveau leurs effets, quand la confusion aura cessé. (Code des Obligations, art. 118.)

903. En France, la confusion éteint la créance. Mais cette extinction peut être définitive ou ne pas l'être, suivant que la confusion sera ou non anéantie rétroactivement (1). L'article 1251, alinéa 2 C.C.F. montre un cas où l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué, qui a employé le prix de son acquisition à payer un créancier hypothécaire, et qui a la double qualité de créancier par subrogation et de propriétaire de l'immeuble hypothéqué, a donc une hypothèque sur son propre bien, utile à faire valoir contre les créanciers d'un rang postérieur à celui qui a été payé (2).

904. En Suisse, pour la radiation de l'inscription, il faut, en principe, le consentement du propriétaire, au moins quand il n'est pas débiteur, car il peut avoir intérêt à rembourser le créancier et à acquérir ainsi le droit de gage (3). Cette exigence se comprend mieux encore dans le système allemand (4), à cause de l'importance de l'hypothèque sur soi-même. En France, il pourra arriver que la radiation sera imposée au propriétaire, par exemple dans le cas où un créancier de rang inférieur profite de la faculté que lui confère l'article 1251 C.C.F. et paye au créancier préférable, se faisant subroger dans les droits de celui-ci, et fait radier l'inscription pour faire monter la seconde créance à un meilleur rang, et faire porter ensuite sur un autre immeuble l'hypothèque garantissant la première créance.

905. L'article 827 C.C.S. (5) prévoit les conditions auxquelles un tiers-détenteur peut dégrever son immeuble sans purge, et institue un cas de subrogation légale analogue à ceux que prévoit l'article 1251, alinéas 2 et 3 C.C.F. : le propriétaire a le droit de payer pour dégrever son immeuble; c'est le *ius offerendi* du droit commun (6).

906. Il y a controverse sur le point de savoir si le propriétaire a le

(1) Voir Planiol, II, n° 602.

(2) Voir Planiol, II, n° 498.

(3) Cf. Wieland, art. 826, n° 5.

(4) C.C.A., trad. Comité de lég. étrang., art. 1183, note 1.

(5) C.C.S., art. 827 : « Le propriétaire qui n'est pas personnellement tenu de la dette

hypothécaire peut dégrever son immeuble aux mêmes conditions que celles faites au débiteur pour éteindre la créance.

« Il est subrogé aux droits du créancier qu'il désintéresse. »

(6) Cf. Code des Obligations, art. 75 et 81. Cf. art. 1142 C.C.A.

droit de *dénoncer* le remboursement, c'est-à-dire de l'imposer alors que le créancier ne pouvait pas l'exiger, mais alors que le débiteur personnel avait le droit de dénonciation. L'article 1141 C.C.A. (1) donne expressément ce droit au propriétaire. M. Wieland le lui refuse, à moins qu'une stipulation contraire ne le lui accorde (2). Il se fonde sur l'*Exposé des Motifs* (3). MM. Rossel et Mentha (4) estiment que le propriétaire a incontestablement ce droit qui ne peut nuire au débiteur personnel, car le propriétaire, mis aux lieu et place du créancier, par l'effet de la subrogation, ne pourra pas rechercher le débiteur personnel autrement que ne le pouvait le créancier primitif. L'opinion de MM. Rossel et Mentha est la mieux fondée : l'*Exposé des Motifs*, à supposer qu'il donne une solution précise de la question, ce que contestent MM. Rossel et Mentha, n'est pas la loi, et le texte de l'article 827 est clair ; il donne au propriétaire le droit de dégrever son immeuble aux mêmes conditions que celles faites au débiteur pour éteindre la créance. Pratiquement, il est utile que le propriétaire puisse facilement dégrever sa propriété. En Droit français, la même solution paraît découler de la combinaison des articles 2167 et 1251 C.C.F.

907. Comme nous l'avons déjà dit, l'alinéa 2 de l'article 827 accorde la subrogation au tiers-détenteur qui paie (5). L'article 827 suppose, selon M. Wieland, que le tiers-détenteur a un recours contre le débiteur personnel. Il n'y aurait pas subrogation (6), si l'acquéreur d'un immeuble, sans d'ailleurs se charger de la dette, en a fait déduire le montant sur le prix de vente. Telle est, du moins, l'opinion de M. Wieland. Elle nous paraît en contradiction complète avec les termes de l'article 827, qui ne met qu'une seule condition à la subrogation, c'est que l'acquéreur ne soit pas personnellement tenu de la dette, ce qui est précisément prévu par l'hypothèse de M. Wieland. L'article 110 C.O. fournit un autre argument dans le même sens : pour qu'un tiers, en payant un créancier, soit subrogé, il suffit que, par le paiement, il dégreve une chose mise en gage, sur laquelle il a un droit de propriété ou un autre droit réel. Il est vrai que l'acquéreur d'un immeuble qui a retenu la partie du prix nécessaire pour payer le créancier hypothécaire, et qui, par l'action réelle, est tenu de payer celui-ci, n'a pas de recours contre son vendeur, débiteur personnel ; il a purement et simplement payé son prix en payant la dette

(1) Voir aussi C.C.A., art. 1142.

(2) Wieland, art. 827, n° 1.

(3) *Exposé des Motifs de l'avant-projet*, p. 186. *Exposé des Motifs du projet*, p. 590.

(4) Rossel et Mentha. *Droit civil*, II, p. 236.

(5) Cf. Code des Obligations, art. 110. C.C.F., art. 1251, § 2 et 3. — C.C.A., 1142, et aussi C.C.A., art. 774, relatif à la caution.

(6) Voir Wieland, art. 827, n° 2.

personnelle de son vendeur. Mais il n'en est pas moins subrogé dans les droits du créancier; cette subrogation ne lui donnera pas d'action personnelle contre l'ancien débiteur personnel, mais elle lui donnera une hypothèque sur lui-même, très utile, et même nécessaire, s'il y a des créanciers gagistes postérieurs, pour qu'il puisse faire la purge admise par les articles 828 et 829 C.C.S., car, s'il n'est pas subrogé, il devra, pour purger, offrir aux créanciers, parmi lesquels il ne figurerait pas s'il n'était pas subrogé, le prix d'achat, qui comprend la somme retenue d'abord et payée ensuite au premier créancier, et il devra, en conséquence, payer cette somme une seconde fois.

908. Cette solution est celle du Droit français; elle résulte du texte précis de l'article 1251, al. 2, C.C.F., qui n'exige pas d'autre condition, pour la subrogation, que d'être tiers-acquéreur d'un immeuble hypothéqué ⁽¹⁾, et qui correspond, en somme, à l'alinéa 1 de l'article 827 C.C.S. L'alinéa 2 de l'article 1251 C.C.F. n'est, du reste, qu'un cas particulier rentrant dans la règle générale de l'alinéa 3 du même article ⁽²⁾, de même que l'article 827, alinéa 2 C.C.S. n'est qu'une application du principe général formulé par l'article 110 du Code des Obligations.

909. Dans la pratique, il faut espérer que les stipulations précises des actes, contenant des délégations de créances et des subrogations conventionnelles, éviteront toute difficulté à ce sujet.

910. Réciproquement, d'après l'*Exposé des Motifs* ⁽³⁾, le débiteur personnel qui paie est subrogé dans les droits hypothécaires des créanciers, lorsqu'il a un recours contre le tiers-détenteur. M. Wieland n'admet pas l'existence de cette subrogation, car, en ce cas, la créance est purement et simplement éteinte, puisque le débiteur n'a fait qu'exécuter son obligation. Le Code civil allemand, article 1164 C.C.A., admet cette subrogation; à première vue, le cas est peu pratique, cependant on peut trouver des situations où cette subrogation serait utile ⁽⁴⁾, notamment les cas prévus par les articles 416 et 2166 C.C.A. L'article 416 C.C.A. permet de poser le cas où l'acquéreur d'un immeuble s'est engagé à payer la dette de son vendeur, sans que le créancier libère le vendeur débiteur primitif. L'article 2166 permet de poser le cas où un héritier paie une dette dont il est tenu comme héritier, alors que, d'après le testament, cette dette devrait être supportée par le légataire particulier de l'immeuble hypothéqué. Dans les deux cas, il y aura subrogation. En Droit français, dans

(1) Cf. Planiol, II, nos 496 à 498 et n° 501.

(2) Planiol, II, nos 497 et 499.

(3) Wieland, art. 827, n° 3. *Exposé des*

Motifs de l'avant-projet, p. 187; — *du projet*, p. 591.

(4) C.C.A., trad. Comité de lég. étrang., art. 1164, note 1.

ces deux cas, et dans les autres cas analogues, il s'agit d'un paiement fait par un débiteur tenu *avec un autre*; ce débiteur a donc droit à la subrogation, aux termes de l'article 1251, alinéa 3 C.C.F. Par contre, en Droit suisse, nous pensons, avec M. Wieland, et à défaut de disposition légale générale comparable à celle de l'alinéa 3, art. 1251 C.C.F., que les termes de l'article 827, alinéa 2 C.C.S. et de l'article 110 C.O. n'accordent pas ici la subrogation légale ⁽¹⁾, car ces textes ne s'appliquent qu'au cas du propriétaire qui paie le créancier. Avec sa grande brièveté, souvent heureuse, le Code suisse présente ici une lacune et aurait gagné à s'inspirer de l'article 1251 C.C.F.

911. La purge, en Suisse, est réglée par les articles 828, 829 et 830 C.C.S. ⁽²⁾. Quand on considère ces textes, et qu'on les compare au régime compliqué organisé par les articles 2181 à 2192 C.C.F. relatifs à la purge des hypothèques inscrites et par les articles 2193 à 2195, relatifs à la purge des hypothèques légales, on peut regretter que le législateur français n'ait pas depuis longtemps simplifié son système, ou tout au moins modifié le régime des hypothèques légales. Par contre, il est regrettable que le législateur suisse ait laissé aux cantons la faculté d'accepter ou de rejeter la procédure de purge.

912. L'institution de la purge hypothécaire dérive du Droit français, et était admise par diverses législations de la Suisse romande ⁽³⁾. La purge a une origine, non législative, mais coutumière ⁽⁴⁾. Son origine première se trouve dans un rescrit de Dioclétien ⁽⁵⁾ qui déclarait forclos le créancier qui, averti de la saisie par les affiches, n'exerçait pas son action hypothécaire. Dans l'ancien Droit français, on admit que le *décret de justice*,

(1) Sauf, bien entendu, le cas où le débiteur consent à la subrogation (C.O., art. 110, n° 2); mais alors il s'agit de subrogation conventionnelle.

(2) C.C.S., art. 828 : « Lorsqu'un immeuble est grevé au delà de sa valeur de dettes dont l'acquéreur n'est pas tenu personnellement, la législation cantonale peut autoriser ce dernier à purger avant toute poursuite les hypothèques inscrites, en versant aux créanciers le prix d'achat ou, en cas d'acquisition à titre gratuit, la somme à laquelle il évalue l'immeuble.

« Il fait, par écrit et six mois d'avance, son offre aux créanciers de purger les hypothèques inscrites.

« Le montant offert est réparti entre les créanciers, suivant leur rang. »

Art. 829 : « Les créanciers ont le droit, dans le mois à compter de l'offre de purge, d'exiger la vente du gage aux enchères publiques contre l'avance des frais; les enchè-

res ont lieu, après publication, dans le deuxième mois à compter du jour où elles ont été requises.

« Si un prix supérieur au montant offert a été obtenu, ce prix est réparti entre les créanciers.

« Les frais des enchères sont à la charge de l'acquéreur, si le prix a été supérieur au montant offert; sinon, à la charge du créancier qui les a requises. »

Art. 830 : « La législation cantonale peut remplacer les enchères publiques par une estimation officielle, qui fait règle pour la répartition entre les créanciers. »

(3) *Schweitz. P.R.*, p. 621 et ss. Zachariae-Crome, § 263-265. Voir les *Mitteilungen des Bayernsekretariats* (33, p. 11) où elle est recommandée spécialement pour les immeubles ruraux. — Wieland, art. 828, n° 1.

(4) Voir Planol, II, n° 3279 et ss.

(5) C., liv. VIII, tit. 26. *De remissione pignoris*, l. 6.

ou adjudication sur saisie, éteignait les hypothèques que les créanciers n'avaient pas fait valoir dans les délais de la procédure. Comme disait Loysel (1) : « un décret forcé nettoie toutes hypothèques et droits, fors les censuels et feudaux ». Mais les aliénations volontaires laissaient subsister les hypothèques. Alors, la pratique imagina de faire intervenir un créancier complaisant, ou même fictif, et les *décrets volontaires* procurèrent le même avantage que les décrets forcés. Ce système, création de la pratique, devint d'un usage régulier, mais il avait le grave inconvénient d'entraîner des frais démesurés. Un édit de juin 1771, à l'époque du chancelier Maupeou, remplaça les décrets volontaires par les *lettres de ratification* délivrées par les chancelleries des parlements, qui purgeaient l'immeuble en cas d'aliénation volontaire, et qui étaient déjà en usage en cas d'aliénation des « rentes sur l'Hôtel-de-Ville de Paris », qui avaient le caractère d'immeubles (2). Dans ce système, l'acquéreur déposait son contrat au greffe du bailliage ou de la sénéchaussée dans le ressort desquels était situé l'immeuble; le greffier en affichait un extrait pendant deux mois; pendant ce temps, les créanciers hypothécaires pouvaient faire opposition; s'ils usaient de ce droit, il fallait leur faire des offres, et s'il les trouvaient insuffisantes, les créanciers pouvaient mettre une surenchère du dixième, en requérant la mise aux enchères de l'immeuble. S'il n'y avait pas d'opposition, l'acquéreur recevait les *lettres de ratification* qui le confirmaient dans sa possession. Les lois du 9 messidor an III et du 11 brumaire an VII conservèrent cette procédure très heureuse de la purge, qui passa dans le Code civil.

913. En Suisse, puisque le Code civil a laissé aux cantons la faculté d'accepter ou de rejeter l'institution de la purge, il est probable qu'elle sera admise par les cantons qui la connaissaient déjà, et, peut-être, par ceux dans lesquels la situation économique avait eu pour résultat de charger beaucoup d'immeubles d'hypothèques dépassant notablement leur valeur. S'il est permis de regretter que le Code civil suisse n'ait pas imposé partout l'institution de la purge, il faut reconnaître qu'elle est moins utile en Suisse qu'en France, où les immeubles risquent davantage d'être surchargés d'hypothèques à cause de l'application excessive du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, et surtout à cause de la regrettable organisation des hypothèques générales et occultes. Les premiers projets du Code civil suisse, et les premières prévisions du Conseil National étendaient à toute la Suisse l'institution de la purge; ce fut le Conseil des

(1) Loysel, n° 904.

(2) Ferrière. *Coutume de Paris*, sous l'art. 347.

Etats qui fit décider que les cantons garderaient leur liberté sur ce point ⁽¹⁾.

914. Pour que la purge soit possible, il faut que les droits de gage dépassent la valeur de l'immeuble, sinon le propriétaire n'a qu'à payer purement et simplement. Il faut que la personne qui veut faire la purge soit un acquéreur de l'immeuble, et non, par exemple, une caution réelle ⁽²⁾. L'acquéreur ne doit pas être débiteur personnel ⁽³⁾. La purge est impossible quand les poursuites sont commencées ⁽⁴⁾.

915. La procédure, en Suisse, est beaucoup plus simple qu'en France. Le propriétaire notifie par écrit aux créanciers sa volonté de demander la purge. Il offre le paiement du prix dans le délai de six mois, ou, selon M. Wieland, immédiatement, si les créances sont exigibles. Il accompagne sa notification d'un extrait de l'acte de vente et d'un extrait du Registre foncier mentionnant les charges.

916. A dater de cette notification, les créanciers ont un mois pour demander la mise aux enchères. Les frais de la vente aux enchères doivent être supportés par le créancier qui l'a demandée, et il les supporte définitivement si les enchères ne donnent pas un chiffre supérieur à celui offert. Nous croyons que le Droit français présente ici un avantage, en obligeant le créancier à mettre une surenchère du dixième qui l'empêche de demander la vente sans motifs sérieux. Il est vrai qu'en Suisse, il est retenu, comme en France, par la crainte de supporter les frais. Il faut reconnaître que le système suisse, s'il présente l'inconvénient de donner trop de facilité aux créanciers pour requérir la mise en vente, présente un avantage : si aucun enchérisseur ne se présente, l'immeuble reste à l'acquéreur ; il n'est pas, comme en France, adjugé au créancier qui n'en a souvent aucun besoin. En somme, chacune des deux méthodes a ses avantages et ses inconvénients ; en France, la crainte d'être déclaré adjudicataire poussera aussi le créancier à accepter les offres, et à ne pas requérir la mise aux enchères, à moins qu'il n'y ait un sérieux écart entre les offres et la valeur réelle de l'immeuble.

917. L'article 830 C.C.S. autorise les cantons à remplacer les enchères publiques par une estimation officielle. Selon M. Wieland ⁽⁵⁾, la législation cantonale peut encore décider que l'estimation officielle aura lieu dans le cas où les enchères ne donnent pas un prix supérieur à la somme offerte par le propriétaire. Le texte paraît contraire à cette opinion.

(1) Cf. Wieland, art. 828, n° 1. Projet, I, art. 818. Projet, II, art. 815. *Exposé des Motifs de l'avant-projet*, p. 209 et ss. — *Exposé des Motifs du projet*, p. 613 et ss. — *Bull. Stén.* 1906/30, p. 644. — 1906-6, p. 1402.

(2) Voir Planiol, II, n° 3300. Wieland, art.

828, n° 2.

(3) Voir Planiol, II, 3298. Wieland, *ibid.*

(4) Voir C.C.F., art. 2169 et 2183 qui donne un délai d'un mois à partir de la première sommation. Voir Wieland, *ibid.*

(5) Wieland, art. 830, commentaire.

918. L'article 831 C.C.S. ⁽¹⁾, correspond, dans une certaine mesure, à l'un des deux cas prévus par l'article 1141, alinéa 1, C.C.A. Il a pour but d'obliger le créancier à notifier au propriétaire non personnellement tenu sa volonté de réclamer le paiement, et de rendre insuffisante une notification (dénonciation) faite au débiteur seul. Un cas de nécessité légale de dénonciation, suivie d'un délai de six semaines, est indiqué par l'article 318 C.O., en cas de prêt de consommation, lorsque le contrat ne fixe ni terme de restitution, ni délai d'avertissement, et n'oblige pas l'emprunteur à restituer à première réquisition.

SECTION II. — Effets de l'hypothèque.

919. L'article 832 C.C.S. ⁽²⁾ distingue nettement l'action qui existe contre le débiteur personnel de celle qui existe contre le propriétaire comme tel, en indiquant que, sauf convention contraire, l'action personnelle n'est nullement modifiée lorsque l'immeuble hypothéqué passe en d'autres mains. Cependant le Code suisse (art. 832, al. 2) a admis un cas de novation par changement de débiteur, basé sur une présomption légale de consentement du créancier : quand l'acquéreur s'est chargé de la dette, le créancier est réputé l'accepter pour seul débiteur, s'il ne déclare dans l'année réserver ses droits contre lui. Cette acceptation tacite du créancier choque un peu nos idées françaises, qui n'admettent pas facilement une présomption de volonté manifestée par un simple silence. En somme, le Code suisse a raison ; il vaut mieux simplifier les relations d'affaires et éviter les multiplicités de débiteurs ; les personnes négligentes ne méritent pas d'être protégées. Le créancier est, du reste, mis au courant de la situation (C.C.S., art. 834, al. 1).

920. Lorsque l'acquéreur s'engage directement, envers le créancier, à prendre la place de l'aliénateur, et que le créancier y consent, l'assentiment de l'aliénateur n'est pas nécessaire. (Cf. C.O., art. 176, al. 1.)

921. Selon M. Wieland ⁽³⁾, le contrat de reprise de dette (cf. C.O., art. 175) fait, ici, partie intégrante du contrat d'aliénation, qui doit être revêtu de la forme authentique (C.C.S., art. 657, al. 1).

(1) C.C.S., art. 831 : « Lorsque le propriétaire n'est pas personnellement tenu, la dénonciation du remboursement par le créancier ne lui est opposable que si elle a eu lieu tant à son égard qu'à l'égard du débiteur. »

(2) C.C.S., art. 832 : « L'aliénation de l'immeuble hypothéqué n'apporte, sauf conven-

tion contraire, aucun changement à l'obligation du débiteur et à la garantie.

« Toutefois, si l'acquéreur s'est chargé de la dette, le débiteur primitif est libéré, à moins que le créancier ne lui déclare par écrit, dans l'année, qu'il entend ne pas renoncer à ses droits contre lui. »

(3) Wieland, art. 832, n° 2.

922. La première partie de l'article 832 C.C.S. est conforme aux principes du Droit français : l'aliénation de l'immeuble ne change rien aux obligations du débiteur personnel, ni aux droits hypothécaires du créancier. C'est un des premiers principes du régime hypothécaire; c'est le droit de suite. (C.C.F., art. 2166. Cf. art. 2114.)

923. Par contre, nous l'avons déjà fait observer, la deuxième partie de l'article 832 s'écarte de la notion française, d'après laquelle le débiteur primitif ne sera libéré que si le créancier y consent par une manifestation claire de volonté. C'est une novation par changement de débiteur, ou encore une délégation, qui, en France, ne se présume pas (C.C.F., art. 1273, 1275, 1277).

924. Mais (C.C.F., art. 1274), en France comme en Suisse, le consentement du créancier à substituer l'acquéreur au débiteur personnel primitif suffit pour opérer novation, sans qu'il y ait besoin du consentement de ce dernier.

925. Avec l'article 838 ⁽¹⁾, nous trouvons une solution originale pour le cas de division d'un immeuble grevé de gage. Cette solution, très pratique, est opposée au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, admis d'une manière trop absolue par le Droit français.

926. Tout d'abord, nous savons déjà, par l'article 832, que la dette personnelle reste, en principe, à la charge du débiteur primitif, quel que soit le sort de l'immeuble. Mais, en cas de *parcelllement*, soit de division d'un immeuble, la loi suisse a voulu éviter les *gages collectifs* par lesquels plusieurs immeubles seraient affectés au paiement de la dette entière. Nous connaissons, en France, les combinaisons, du reste légitimes, auxquelles se livrent pour leurs clients les notaires et les avoués, qui consistent à rembourser un créancier préférable, de manière à obtenir la subrogation légale de l'article 1251, puis à faire jouer les hypothèques générales et les hypothèques portant sur plusieurs immeubles, de manière à obtenir paiement d'une créance en mauvais rang, en retirant celles qui passaient avant elle, pour les faire porter sur d'autres immeubles, de telle sorte que d'autres créanciers, inscrits sur ces autres immeubles, et qui pouvaient se croire en bon rang, finissent par ne rien recevoir. Si cette pra-

(1) C.C.S., art. 833 : « Si une portion de l'immeuble grevé est vendue ou si l'aliénation porte sur un d'entre plusieurs immeubles grevés appartenant au même propriétaire, ou si l'immeuble est divisé, la garantie, sauf convention contraire, est répartie proportionnellement à la valeur des diverses fractions du gage.

« Le créancier qui n'accepte pas cette ré-

partition peut, dans le mois à compter du jour où elle est devenue définitive, exiger le remboursement dans l'année.

« Lorsque les acquéreurs se chargent de la portion de dettes assignée sur leurs parcelles, le débiteur primitif est libéré, à moins que le créancier ne lui déclare par écrit, dans l'année, qu'il entend ne pas renoncer à ses droits contre lui. »

tique est légitime, et elle l'est puisqu'elle résulte de l'organisation de notre régime hypothécaire, elle est détestable au point de vue du crédit immobilier. Le législateur suisse a sagement agi en portant la cognée dans la forêt des hypothèques légales, des subrogations, et de toutes les complications résultant de l'existence d'hypothèques portant sur plusieurs immeubles, qui remplissaient de difficultés et de périls les procédures d'ordre.

927. Nous avons déjà vu que l'article 798 C.C.S. cherche à éviter, dans une large mesure, la constitution originaire des gages collectifs. L'article 833, poursuivant le même but, cherche à éviter que le droit de gage ne prenne, dans la suite, le caractère de gage collectif. Cependant (1), la loi réserve aux parties le droit de convenir qu'en cas de parcellement, chaque fraction de l'immeuble répondra de la dette entière. MM. Rossel et Mentha (2) estiment que la répartition de la créance entre les parcelles divisées peut bien être écartée dans le cas où les débiteurs sont solidaires, par exemple s'il s'agit d'héritiers (3). Mais, dans les autres cas, ces auteurs estiment que la règle, d'après laquelle la garantie doit être répartie entre les immeubles, est d'ordre public, et ne peut être écartée par la volonté des parties; la convention contraire, réservée par l'article 833, porte sur le mode et la proportion d'après lesquels se fera la répartition, et non sur le principe de la répartition, qui ne peut être écarté. Le texte n'est pas clair à cet égard, MM. Rossel et Mentha semblent en convenir. Leur interprétation trouve un excellent appui dans le rapprochement de l'article 833 et de l'article 798, alinéas 2 et 3 C.C.S. Pour la simplicité du régime hypothécaire, et pour le bien du crédit immobilier, il est très désirable que la jurisprudence se fixe en ce sens, ou, mieux, que le législateur consacre cette interprétation, en retouchant l'article 833.

928. Il ne faudrait cependant pas aller trop loin, et ce serait nuire au crédit immobilier que d'obliger le créancier à subir toujours un morcellement de sa garantie, ce qui peut rendre difficile l'exercice de l'action hypothécaire. C'est pourquoi le législateur suisse a dû faire une concession au vieux principe, fruit de l'expérience, de l'indivisibilité de l'hypothèque : le créancier n'est jamais contraint d'accepter la répartition de la garantie. Il a le droit, dans l'année qui suit la répartition définitive de la garan-

(1) Voir Wieland, art. 833, n° 2. Cf. *Bull. Stén.* 1906/30, p. 644.

(2) Rossel et Mentha. *Droit civil*, II, p. 246.

(3) Voir C.C.S., art. 639 : Les héritiers, sauf consentement contraire des créanciers, même après le partage, sont tenus solidairement des

dettes de la succession, pendant cinq ans; le délai court dès le partage, ou dès l'exigibilité de la dette, si elle est postérieure au partage. Cette règle est contraire au principe de la division des dettes, admis par les art. 870 et 1220 C.C.F.

tie, d'exiger le remboursement de la dette. Usera-t-il souvent de ce droit ? Ne menacera-t-il pas d'en user pour exiger la stipulation d'un gage sur chaque parcelle par la totalité de la créance, au moyen d'une convention de solidarité, comme le permet l'article 798, alinéa 1 ? Il ne semble pas qu'il le puisse au mépris des droits des créanciers gagistes postérieurs, du moins si la règle de l'article 833 est vraiment d'ordre public ; mais, quand il le pourra, il aura un gage collectif, ce que l'article 833 cherche à éviter. Alors, il pourra réclamer le paiement de la dette entière sur le produit de chacune des parcelles (1), mais il devra poursuivre simultanément la réalisation de toutes les parcelles (C.C.S., art. 816, al. 3). En somme, le principe de l'indivisibilité est, sous cette forme indirecte, conservé pendant un an au profit du créancier.

929. Il faut remarquer que cette règle de la division de l'hypothèque, en cas de parcellement de l'immeuble hypothéqué, ne constitue pas une révolution juridique aussi importante en réalité qu'en apparence. Nous avons vu, en effet, que, sous une forme détournée, le principe de l'indivisibilité est conservé, pendant un an, au profit du créancier, qui sera juge de son intérêt. En outre, le parcellement ne se produira que dans des cas peu nombreux, et, quand il se produira, les contrats seront établis de manière à régler heureusement la situation hypothécaire. Le parcellement se produira en cas d'aliénation d'une partie de l'immeuble, ou de plusieurs parties de l'immeuble, ou de tout l'immeuble par fragments, ou encore en cas d'aliénation de l'un d'entre plusieurs immeubles appartenant au débiteur, et engagés collectivement. Mais, aux termes de l'article 833, il faut qu'il y ait aliénation ; donc le texte ne s'applique pas dans un cas très important de morcellement des immeubles, le cas de partage entre plusieurs cohéritiers ; ceux-ci, pendant cinq ans, sont, du reste, tenus solidairement. Il résulte même de l'article 833, qui paraît devoir être interprété restrictivement et dont les termes, en outre, sont formels à ce sujet, que la garantie ne doit être répartie qu'en cas de vente, et non, par exemple, en cas de donation d'une partie d'un immeuble. L'échange est, du reste, assimilé à la vente (C.O., art. 237) (2).

930. Aux termes de l'article 834 C.C.S. (3), quand l'acquéreur se charge de la dette, le conservateur du Registre foncier en avise le créancier ; c'est cet avis qui fait courir le délai d'un an imparti par l'article 832, al. 2, pendant lequel le créancier peut réserver ses droits. L'article

(1) Cf. Procès-verbaux, p. 275.

(2) Pour la procédure d'application de l'art. 833, voir Wieland, art. 833, n° 4.

(3) C.C.S., art. 834 : « Si l'acquéreur se

charge de la dette, le conservateur du Registre en avise le créancier.

« Celui-ci doit faire sa déclaration dans l'année à compter de cet avis. »

834 serait mieux placé à la suite de l'article 832. M. Wieland ⁽¹⁾ fait observer avec raison que, si la créance a été cédée par le créancier, le conservateur ne connaît pas nécessairement le créancier actuel (cf. C.C.S., art. 835, et Ordonnance Registre foncier, art. 66). Quels que soient les avantages du Registre foncier, nous voyons ici que la créance hypothécaire contient un mélange de droits personnels et de droits réels, et que le Registre foncier, qui ne s'occupe que de droits réels, ne peut supprimer toute difficulté. Il est permis de penser que l'avis adressé au créancier gagiste inscrit est toujours suffisant; c'est au concessionnaire de la créance à prendre les mesures nécessaires pour avoir connaissance de l'avis, ou se le faire adresser ⁽²⁾.

931. L'article 835 C.C.S. ⁽³⁾ a poussé la logique très loin, et même trop loin, en décidant que les cessions de créances hypothécaires n'ont pas besoin d'être inscrites au Registre foncier, ce qui est logique, car le droit de gage est un accessoire de la créance, et est transféré en même temps qu'elle, contrairement à ce qui se produit pour les cédules hypothécaires et les lettres de rente (C.C.S., art. 862, 863, 868, 869). La cession se fait donc suivant les formes prévues par le Code des Obligations, articles 164 et ss., ou, en certains cas, par endossement, et par remise du titre ⁽⁴⁾. Dans les premiers projets, l'inscription au Registre foncier était nécessaire, en cas de cession de créance hypothécaire, pour le transfert du droit d'hypothèque, mais non pour celui du droit personnel de créance. Cette règle fut repoussée par le Conseil National, par le motif que le droit de gage était transféré en même temps que la créance. Le Conseil des Etats tenta vainement de revenir à l'idée des premiers projets ⁽⁵⁾.

932. A vrai dire, l'article 66 de l'Ordonnance sur le Registre foncier a diminué l'inconvénient du système. Le créancier, sur sa demande, peut être inscrit sur le registre spécial prévu par les articles 66 et 108 de l'Ordonnance. Mais cette inscription ne constitue pas une inscription ni une annotation au Registre foncier, qui sont, au contraire, écartées par l'article 66 de l'Ordonnance. L'inscription au registre spécial ne sera faite que si l'ayant droit la demande. S'il ne la demande pas, le transfert du gage n'en aura pas moins été valable. En somme, le registre des créanciers est une concession faite au système français des inscriptions personnelles.

933. Nous considérons le principe de l'article 835 C.C.S. et de l'ar-

(1) Wieland, art. 834. Commentaire.

(2) Cf. Hüber. *Bull. Stén.*, 1907/11, p. 340.

(3) C.C.S., art. 835 : « L'inscription au Registre foncier n'est pas nécessaire pour valider la cession des créances garanties par une hypothèque. »

(4) C.C.S., art. 714. C.O., art. 727, 827, 836, 838, 839, 843, 844. Cf. C.O., art. 110, 149, 166, 505.

(5) Voir *Bull. stén.* 1906 30, p. 645 — *ibid.*, 1906 62, p. 1398 — *ibid.*, 1907/11, p. 340.

ticle 66 de l'Ordonnance comme devant être rejeté. Sans doute, la créance hypothécaire proprement dite est, en Suisse, une créance personnelle dont l'hypothèque n'est que l'accessoire. Mais, à raison de cet accessoire, elle a un caractère réel et immobilier. Aucune bonne raison théorique ne s'oppose à ce que la loi exige que la cession de cette créance, en tant que créance hypothécaire, ne soit valable que sous la forme authentique, et doive être inscrite ou annotée au Registre foncier. Au contraire, une telle disposition rentrerait absolument dans le cadre des règles qui ont fait du Registre foncier une institution pratique.

934. En Allemagne, les articles 1153 et 1154 C.C.A. ont admis la même règle que le Code civil suisse. La cession de la créance entraîne, au profit du nouveau créancier, la cession de l'hypothèque. La créance ne peut être transmise sans l'hypothèque ni l'hypothèque sans la créance. Par une disposition heureuse, mais qui a l'inconvénient d'être facultative, l'écrit contenant la déclaration de cession peut être remplacé par l'inscription de la cession au Livre foncier.

935. En Droit français, l'hypothèque peut également être transmise en même temps que la créance; les formes de la cession sont les formes ordinaires (C.C.F., art. 1689 et ss.), et la cession comprend les accessoires de la créance, notamment les hypothèques (C.C.F., art. 1692). La cession peut faire l'objet d'une mention au registre des hypothèques, ou d'une inscription prise en renouvellement.

936. M. Wieland ⁽¹⁾ pose la question suivante : « On peut se demander « si l'acquéreur de bonne foi devient titulaire du droit de gage lorsque la « *créance* de son auteur était valable, mais non le *droit de gage*; en d'autres termes, si la foi publique due au Registre foncier s'étend, non pas « sans doute à l'acquisition de la créance, mais à celle du droit de gage « comme tel. Supposons, par exemple, que le gage a été constitué par un « tiers incapable ou sans pouvoir lors de la constitution, tandis que la « créance au contraire était valable. Le cessionnaire acquiert-il en pareil « cas un droit de gage ? » M. Wieland répond négativement ⁽²⁾; il est certain que « l'acquisition de bonne foi de l'hypothèque est exclue même « lorsque la créance, mais non le droit de gage, était née valablement « dans la personne du cédant et que l'acquéreur n'a pas eu connaissance « du vice de l'acquisition. » Pour arriver à cette conclusion, M. Wieland tire un argument *a contrario* des articles 865 et 866 C.C.S. qui déclarent « que la foi publique due au Registre foncier s'étend également à la *créance*

(1) Wieland, art. 835, n° 3. Trad. D^r H. Bovay.

(2) Dans le même sens, Dernburg (p. 802), cité par Wieland.

« et au droit de gage, en matière de cédules hypothécaires et de lettres de rente. *A contrario*, il y a lieu d'admettre la règle opposée lorsqu'il s'agit d'hypothèques. »

937. Les arguments *a contrario* sont parfois absolument justes, mais il faut toujours examiner si les cas tranchés dans un sens ne laissent libre que la solution contraire pour le cas posé; or, s'il y a certaines antinomies entre les cédules et les lettres de rente, d'une part, les hypothèques d'autre part, il n'est nullement certain que toute règle qui s'applique aux unes doit être écartée pour les autres. Et M. Wieland, lui-même, estime que, « considérée au point de vue purement théorique, la question devrait être résolue affirmativement, aux termes de l'article 973 C.C.S. ». Il ne dit pas pourquoi, au point de vue qui ne serait pas purement théorique, la question devrait être résolue négativement, au vu du même article 973 qui fait loi en Suisse, et dont les dispositions positives sont plus importantes que le silence des articles 865 et 866 C.C.S.

938. Nous estimons que la solution est affirmative, et est basée précisément sur l'article 973 C.C.S. Ici, le cessionnaire a acquis valablement le droit de créance. A cette créance cédée valablement, un incapable, une personne sans pouvoir, avait joint un droit de gage non valable, mais inscrit; le cessionnaire de bonne foi qui s'est fié, pour le droit de gage, aux énonciations du Registre foncier, a acquis valablement le droit de gage vicié en même temps que la créance valable. Par contre, naturellement, la cession d'un droit d'hypothèque valable attachée à une créance nulle sera sans effet, puisque l'hypothèque n'existe qu'accessoirement à une créance, mais, en général, la constitution de l'hypothèque emportera ratification et aura rendu valable la créance nulle. La solution que nous donnons ci-dessus est celle qui, en Droit allemand, résulte de l'article 892 C.C.A. ⁽¹⁾ qui, comme l'article 973 C.C.S., consacre le principe de la force probante du Livre foncier (*öffentlicher Glaube*). Bien que l'article 892 C.C.A. soit plus détaillé que l'article 973 C.C.S., nous croyons qu'il faut tirer du même principe la même conclusion.

SECTION III. — Hypothèques légales.

939. Les articles 836 à 841 s'occupent des hypothèques légales que le législateur suisse n'a pas pu supprimer complètement. L'article 836 ⁽²⁾

(1) Wieland, *ibid.*

(2) C.C.S., art. 836 : « Les hypothèques légales créées par les lois cantonales pour des créances dérivant du droit public ou des obli-

gations générales imposées aux propriétaires sont, sauf disposition contraire, valables sans inscription. »

s'occupe des hypothèques légales créées par les cantons pour garantir des créances dérivant du Droit public, ou encore des obligations générales imposées aux propriétaires (1). En effet, les cantons peuvent décider que ces droits de gage seront dispensés d'inscription, ou, au contraire, exiger leur inscription au Registre foncier (2).

940. La loi suisse ne fixe pas le rang de ces hypothèques, ce qui est une lacune. M. Wieland (3) décide, avec raison, selon nous, qu'elles prennent tous les autres droits de gage et droits réels constitués sur l'immeuble, car elles garantissent des créances et charges de Droit public qui grèvent, non seulement la propriété, mais aussi les droits qui résultent de son démembrement et qui viennent, peut-on dire, en déduction du droit de propriété.

941. En France, il n'existe pas de texte général qui corresponde à l'article 836 C.C.S. Cependant, certaines lois ont créé des privilèges immobiliers garantissant certaines charges de Droit public (4).

942. L'article 837 C.C.S. (5) donne une hypothèque légale au vendeur, aux cohéritiers et autres indivis, aux artisans et entrepreneurs. La loi suisse a heureusement abandonné le mot de privilège, employé à tort par le Code français, pour adopter celui d'hypothèque, qui est parfaitement exact (6). Cette hypothèque est justifiée par ce fait qu'elle grève un immeuble qui n'est entré dans le patrimoine du débiteur que précisément à raison de la dette qui le grève. Il est donc juste que ces créances passent avant celles d'autres créanciers. L'hypothèque est légale, en ce sens qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit constituée par un contrat, mais elle ne produit effet qu'à partir de son inscription, de telle sorte que, si le pro-

(1) Cf. art. 6, 702, 962 C.C.S.

(2) Citons les dispositions de la loi d'introduction du canton de Vaud, du 30 nov. 1910, dont les art. 188, 189 et 190 sont relatifs aux hypothèques légales cantonales, dispensées d'inscription, sauf celles à raison des taxes pour améliorations foncières, et pour la police des constructions et habitations, qui sont, en outre, spéciales.

(3) Wieland, art. 836, n° 4. Cf. Rumelin, p. 125.

(4) Loi du 16 déc. 1807, art. 23, sur les dessèchements de marais. — L. du 17 juillet 1856 sur les travaux de drainage. — L. du 5 sept. 1807 donnant à l'Etat un privilège pour le recouvrement des frais en matière criminelle. — L. du 12 nov. 1808, art. 1, donnant au Trésor un privilège pour le recouvrement de la contribution foncière. — L. du 23 frim. an VII, art. 22 sur les droits de mutation. Ces deux derniers privilèges portant, non sur l'immeuble, mais sur ses

revenus seulement. (Cass. 23 juin 1854. D. 57. 1. 242.) Voir encore L. du 21 avril 1810 sur les mines, art. 10, et L. du 8 avril 1898, art. 23.

(5) C.C.S., art. 837 : « Peuvent requérir l'inscription d'une hypothèque légale :

« 1. Le vendeur d'un immeuble, sur cet immeuble, en garantie de sa créance;
« 2. Les cohéritiers et autres indivis, sur les immeubles ayant appartenu à la communauté, en garantie des créances résultant du partage;
« 3. Les artisans et entrepreneurs employés à des bâtiments ou autres ouvrages, sur l'immeuble pour lequel ils ont fourni des matériaux et du travail ou du travail seulement, en garantie de leurs créances contre le propriétaire ou un entrepreneur.

« L'ayant droit ne peut renoncer d'avance à ces hypothèques légales. »

(6) Cf. Planiol, II, nos 2545 et 2887.

priétaire a aliéné l'immeuble avant l'inscription, le tiers-acquéreur est à l'abri, mais le débiteur sera passible de dommages-intérêts pour n'avoir pas exécuté son obligation légale; il est vrai que, s'il est solvable, il paiera et il n'y aura pas lieu à condamnation faute d'intérêt, et, s'il est insolvable, la condamnation sera sans effet. L'inscription sera faite sur la demande unilatérale du créancier, sans qu'il soit besoin du consentement du propriétaire (art. 963, al. 2). Le conservateur avise le propriétaire (art. 969).

943. Les cas prévus par le Code suisse sont également ceux que prévoit le Code civil français (art. 2103 C.C.F.). Tout d'abord, le Code civil suisse cite le vendeur d'immeubles. On sait ⁽¹⁾ que l'hypothèque ou privilège du vendeur n'existait pas au commencement du XVII^{me} siècle. Cependant, le vendeur avait l'hypothèque générale tacite résultant du contrat notarié, mais ne venant qu'au rang fixé par sa date. Ensuite, le vendeur à terme stipula que l'immeuble n'entrerait dans le patrimoine de l'acheteur que grevé d'une hypothèque spéciale qui lui assurait la préférence sur les autres créanciers. Cet usage étant devenu général, le Parlement de Paris décida (arrêts des 30 avril 1628 et 8 septembre 1628) que, même sans convention, le vendeur avait une hypothèque spéciale et privilégiée : l'hypothèque légale ou privilège du vendeur était ainsi créée.

944. En Suisse, comme en France, l'hypothèque existe non seulement au profit du vendeur, mais de tout aliénateur, tel que l'échangiste avec soulte, bien que, par inadvertance, sans doute, la rédaction du Code suisse ait conservé le mot « vendeur », au lieu d'adopter le mot « aliénateur », malgré les observations de la commission du Conseil National ⁽²⁾.

945. L'hypothèque accordée aux copartageants (cohéritiers et autres indivis) garantit toutes les créances résultant du partage. Ici, l'article 837 est conçu en termes plus généraux et mieux choisis que ceux de l'article 2123, 3^o C.C.F. qui, notamment, paraît ne parler que des cohéritiers, ce qui est heureusement corrigé par l'article 2109 C.C.F., qui a adopté l'expression plus générale de copartageant, quand il s'agit de l'inscription du privilège.

946. Enfin, l'article 837 accorde une hypothèque légale aux artisans et entrepreneurs, en termes beaucoup plus simples que l'article 2103, 4^o et 5^o C.C.F. Comme le remarque M. Wieland ⁽³⁾, le Code civil suisse a suivi ici, d'une manière générale, les législations française et allemande;

(1) Cf. Planiol, II, n^o 2889.

(2) *Bull. Stén.* 1906/30, p. 645. Encore

eût-il fallu dire « aliénateur à titre onéreux ».

(3) Wieland, art. 837, n^o 5.

mais il adresse à la législation française une critique qui ne paraît pas justifiée. Il croit qu'en France, le privilège des entrepreneurs et ouvriers est primé par les hypothèques qui grevaient déjà l'immeuble, de telle sorte que l'entrepreneur ou l'ouvrier pourraient être dépouillés du fruit de leur travail si ces hypothèques dépassent la valeur de l'immeuble après les travaux, ce qui pourra se produire dans certaines périodes de crise immobilière urbaine. Si ce danger existe en Droit allemand, où l'article 648 C.C.A. ne donne à l'entrepreneur que le droit de demander une hypothèque ordinaire, il n'en est pas de même en Droit français, où l'article 2103, 4^o et 5^o fait passer le privilège avant toute autre charge sur la plus-value apportée par les travaux à l'immeuble, et même, mais ce point est douteux, avant toute charge quelconque lorsqu'il s'agit de travaux ayant conservé l'immeuble ⁽¹⁾. Nous retrouverons le système suisse, en examinant l'article 841 C.C.S. Il faut, du reste, reconnaître qu'en France, les formalités et la double expertise exigées sont trop compliquées, de telle sorte que, dans la pratique, le privilège de l'article 2103, nos 4 et 5, est très rare.

947. M. Wieland ⁽²⁾ estime que l'hypothèque légale ne protège que les créances dérivant d'un contrat d'entreprise (C.O., art. 363 et ss.) et non celles dérivant d'un contrat de travail (C.O., art. 319 et ss.). Cependant le mot artisan paraît bien faire allusion au contrat de travail. En pratique, il faut bien reconnaître, avec M. Wieland, que les ouvriers, payés à court terme, n'auront pas souvent à user de l'hypothèque légale. Il résulte du texte que les fournisseurs de matériaux qui n'ont pas, en même temps, mis en œuvre ces matériaux, n'ont pas droit à l'hypothèque légale.

948. La renonciation, faite d'avance, à cette hypothèque légale est prohibée.

949. M. Wieland ⁽³⁾ paraît assez sceptique sur l'avenir de cette hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Cependant, la loi suisse a évité les complications qui ont empêché l'institution de produire ses effets en France, de telle sorte qu'il est possible qu'elle se développe mieux en Suisse qu'en France.

949. En Allemagne ⁽⁴⁾, les privilèges légaux et les hypothèques légales sont abolis : « Rarement, le Code donne le droit d'exiger hypothèque, « par exemple, dans le cas de construction (art. 648 C.C.A.), mais alors le

(1) Voir Planiol, II, nos 2921 et 3144.

(2) Wieland, art. 837, n^o 5. M. Wieland, au sujet du contrat de travail, renvoie aux art. 338 et ss. C.O.; ce chiffre est

celui de l'ancien Code des Obligations.

(3) Art. 837, n^o 9.

(4) Cf. C.C.A. Trad. de la Grasserie. Introduction, p. LXV.

« propriétaire doit y consentir ou y être contraint par justice. Quant au « privilège du vendeur, il se trouve sans doute inscrit d'office par l'inscription de la vente elle-même. » Telle est, du moins, l'opinion de M. de la Grasserie. Pour la vente, le vendeur, en Allemagne, est garanti par son droit de résolution, prévu par les articles 325, 326 et 454 C.C.A., comme il l'est en France, par le même droit de résolution, prévu par les articles 1184 et 1654 C.C.F. Le vendeur, en Allemagne, peut stipuler une constitution d'hypothèque ⁽¹⁾, mais nous ne croyons pas qu'il ait un privilège ou une hypothèque résultant d'office de l'inscription de la vente. La clause de constitution d'hypothèque deviendra, sans doute, une clause de style, de telle sorte que le Code allemand eût été bien inspiré de compléter cette clause de style, comme l'avait fait en France la jurisprudence du Parlement de Paris, en 1628 ⁽²⁾.

950. L'article 838 C.C.S. ⁽³⁾ impartit au vendeur et au copartageant un délai de trois mois, à partir du transfert de la propriété, pour inscrire leur hypothèque légale.

951. Quel est le sens de ce texte ? M. Wieland ⁽⁴⁾, paraît lui attribuer une faible importance : si le nouveau propriétaire de l'immeuble l'aliène pendant ce délai, il devra des dommages-intérêts ; par contre, si l'intéressé n'a pas requis l'inscription pendant ce délai, il est censé avoir renoncé à son droit. Il faut reconnaître que c'est peu. La question de dommages-intérêts ne se pose pas en pratique ; si l'acquéreur ou le copartageant est solvable, il paie sa dette et tout est dit ; il n'est donc pas question d'action en dommages-intérêts, faute d'intérêt. S'il est insolvable, l'action en dommages-intérêts est peu intéressante, et plutôt théorique, et ne produira d'effet qu'en cas de retour à meilleure fortune ; cette action en dommages-intérêts ne serait que l'application du droit commun ; c'est, en France, l'action de l'article 1382 et ss. C.C.F. ; c'est, en Suisse, celle des articles 41 et ss. C.O., et, en Allemagne, celle des articles 823 et ss. C.C.A. ; c'est la transposition, dans notre droit moderne, de la loi *Aquiliana* ; ce sont les textes sur lesquels un plaideur, à défaut d'autres textes, pourra toujours essayer d'édifier un procès.

952. Il est permis de se demander, en lisant l'article 838, si le délai de trois mois impartit au vendeur ou au copartageant, est un simple délai de forclusion, ou bien si ce n'est pas un délai dont ils peuvent profiter, même en cas de nouvelle aliénation de l'immeuble. Il ne faut pas l'ou-

(1) Cf. C.C.A., trad. Comité de lég. étrang. art. 454, note.

(2) *Suprà*, n° 943.

(3) C.C.S., art. 838 : « L'hypothèque lé-

gale du vendeur, des cohéritiers ou des indivis sera inscrite au plus tard dans les trois mois qui suivent le transfert de la propriété. »

(4) Wieland, art. 838. Commentaire.

blier : si le Code suisse s'est inspiré largement, en matière de droit hypothécaire, du Droit allemand, il a dû aussi tenir compte du Droit français. Or, en France, l'article 6, alinéa 2 de la loi du 23 mars 1855, accorde au vendeur et au copartageant un délai de quarante-cinq jours pour inscrire le privilège, nonobstant toute transcription d'acte faite dans ce délai. Il est permis de penser, et la jurisprudence dira si cette interprétation est exacte, que l'article 838 n'a pas fixé un délai de forclusion, mais un délai d'inscription. Le vendeur ou le copartageant peut inscrire son hypothèque légale dans les trois mois de la vente ou du partage, et cette hypothèque sera opposable à tout tiers-acquéreur ultérieur. Celui-ci ne peut se plaindre, car il peut connaître facilement l'existence de cette possibilité d'inscription (C.C.S., art. 948, alinéa 2 et 970, alinéas 2 et 3).

953. L'article 839 C.C.S. (1) régit l'inscription de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs. Ici, pour cette hypothèque légale des artisans et entrepreneurs, l'*Exposé des Motifs* (2) permet nettement de penser que le Code suisse a admis une hypothèque occulte temporaire. L'*Exposé des Motifs* dit ceci : « Celui qui acquiert un bâtiment neuf sait « que, trois mois durant, il peut s'attendre à des inscriptions de cette « sorte, et il veillera à n'en point subir de préjudice. » Sans doute, l'*Exposé des Motifs* n'est pas la loi, mais il l'éclaire ; et, avec le système du Registre foncier, un tiers-acquéreur saura, par la description de l'immeuble (C.C.S., art. 950) qu'il y a un bâtiment neuf et devra s'informer, ce qui sera facile, de la date d'achèvement des travaux.

954. En somme, sur les divers points examinés ci-dessus, le Code suisse est trop sommaire, et gagnerait à être complété.

955. L'article 839 présente une contradiction entre les alinéas 1 et 3, car l'alinéa 1 décide que l'inscription peut être prise avant même que les travaux ne soient commencés, tandis que l'alinéa 3 suppose que la créance est établie par la reconnaissance du propriétaire, ou par l'appréciation du juge, ce qui suppose l'achèvement des travaux. M. Wieland (3) résout la difficulté d'une manière très heureuse, qui a peut-être l'inconvénient d'ajouter à la loi ce qu'elle ne dit pas, mais qui est conforme au bon sens. Il estime que l'inscription prévue par l'alinéa 1 est une inscription pro-

(1) C.C.S., art. 839 : « L'hypothèque des artisans et des entrepreneurs peut être inscrite à partir du jour où ils se sont obligés à exécuter le travail ou les ouvrages promis.

« L'inscription doit être requise au plus tard dans les trois mois qui suivent l'achèvement des travaux.

« Elle n'aura lieu que si la créance est éta-

blie par la reconnaissance du propriétaire ou par le juge ; elle ne peut être requise, si le propriétaire fournit des sûretés suffisantes au créancier. »

(2) *Exposé des Motifs de l'avant-projet*, III, p. 217 et ss.

(3) Wieland, art. 839, n° 1.

visoire (C.C.S., art. 961, n° 1), et celle prévue par l'alinéa 3 une inscription définitive. En outre, au lieu d'une inscription provisoire, les parties peuvent convenir d'inscrire une hypothèque pour un montant maximum (C.C.S., art. 794, alinéa 2; 824, alinéa 1; 825, alinéa 1); mais cette hypothèque, en tous cas, ne viendra qu'à son rang.

956. L'inscription doit être requise, au plus tard, dans le délai de trois mois après l'achèvement des travaux. La loi ne dit pas quelle est la sanction de l'inobservation de ce délai. Ses termes impératifs permettent de penser que le conservateur doit refuser l'inscription tardive, et que, si elle a été prise, elle peut être annulée.

957. Le point de départ du délai est « l'achèvement des travaux », ce qui est un peu vague. Est-ce un procès-verbal de réception provisoire qui fera courir le délai ? S'il en était ainsi, ce serait laisser à l'arbitraire des parties le soin de fixer le commencement du délai, et cela au détriment des autres créanciers. Il faut admettre qu'il s'agit de l'achèvement des travaux, en fait; mais alors le délai est mal fixé, et son origine peut donner lieu à des discussions, en raison de la période des retouches et menus travaux complémentaires auxquels il faut procéder alors que les travaux principaux sont terminés. Tout cela demanderait à être mieux précisé.

958. Enfin, le propriétaire peut éviter l'inscription en fournissant d'autres sûretés. Ces sûretés peuvent consister en un dépôt de valeurs, un cautionnement, une hypothèque sur un autre immeuble, etc. Le juge décidera si ces sûretés sont suffisantes. Selon M. Wieland (1) l'offre de ces sûretés n'empêche pas le créancier de requérir une inscription provisoire, pour éviter de laisser compromettre ses droits.

959. Le Code allemand (C.C.A., art. 647) ne confère de droit de gage légal à l'entrepreneur que sur les objets mobiliers améliorés ou séparés par lui, lorsqu'ils se trouvent en sa possession par suite de la fabrication ou dans le but de la réparation (2). Pour les immeubles, l'article 648 C.C.A. ne donne que le droit de demander une hypothèque sur le fonds. Cette hypothèque est beaucoup moins utile que l'hypothèque légale suisse; en somme, le Code allemand s'en rapporte à la convention des parties, qui paraissent pouvoir renoncer d'avance à cette hypothèque. Mieux eût valu ne pas écrire ce texte, presque inutile, comme l'avaient pensé les auteurs du premier projet (3).

(1) Wieland, art. 830, n° 5.

(2) Voir C.C.A., art. 647. Trad. de la Grasserie.

(3) C.C.A., trad. de la Grasserie, note sous l'art. 648.

960. L'article 840 C.C.S. ⁽¹⁾ fait passer les artisans et entrepreneurs bénéficiaires d'hypothèques légales, même inscrites séparément, au même rang, et les fait concourir entre eux. M. Wieland ⁽²⁾ admet que l'hypothèque de l'entrepreneur n'est pas privilégiée et passe à son rang fixé par le droit commun. Mais les entrepreneurs, dans leurs rapports entre eux, concourent et sont réputés être au même rang. Et il cite l'exemple suivant : un immeuble est grevé d'une hypothèque légale de 30,000 francs au profit d'un entrepreneur. Ensuite, en second rang, vient une hypothèque ordinaire de 30,000 francs, puis, en troisième rang, un autre entrepreneur inscrit pour 30,000 francs. L'immeuble se vend 70,000 francs. Le créancier ordinaire est payé puisqu'il vient en rang utile ; il reste 40,000 francs qui seront répartis également entre les deux entrepreneurs, qui perdent chacun 10,000 francs. C'est bien étrange ; l'hypothèque du premier entrepreneur était en meilleur rang que celle du créancier ordinaire, et cet entrepreneur est tenu d'indemniser un collègue qui était loin derrière lui. Il suffit à un propriétaire de faire une nouvelle construction pour ruiner son ancien entrepreneur qui se croyait bien en sûreté. Ce résultat bizarre disparaîtrait si l'on admettait que les hypothèques légales, portant sur une richesse nouvellement entrée dans le patrimoine du débiteur, priment celles des autres créanciers de ce débiteur, et sont, en conséquence, des hypothèques privilégiées. Peut-être aussi pourrait-on arriver à une solution raisonnable, en remarquant, avec M. Wieland ⁽³⁾, que l'article 840 a pour but d'éviter une inégalité de situation entre les entrepreneurs de travaux successifs d'une même construction : maîtres-maçons ayant terminé leur travail en premier lieu, puis parqueteurs, décorateurs, etc., dont le travail ne se termine que plus tard. En ce cas, l'article 840 ne s'appliquerait pas à des créances résultant d'entreprises de travaux distincts, mais seulement à des créances résultant d'entreprises distinctes faisant partie d'un même travail général. L'*Exposé des Motifs* ⁽⁴⁾, qui déclare que les créances forment une « masse unique », favorise cette interprétation, mais le texte de l'article 840 ne permet pas de l'adopter très facilement. Il semble bien, cependant, que le législateur ait surtout eu en vue le cas d'une série d'inscriptions des divers entrepreneurs : maçons, charpentiers, peintres, etc. En général, elles se suivent et il n'y aura pas d'autre créance intercalée. S'il n'y a pas

(1) C.C.S., art. 840 : « Les artisans et entrepreneurs au bénéfice d'hypothèques légales séparément inscrites concourent entre eux à droit égal, même si les inscriptions sont de dates différentes. »

(2) Wieland, art. 840. Commentaire.

(3) Wieland, art. 840. Commentaire.

(4) *Exposé des Motifs de l'avant-projet*, p. 217.

de quoi les payer tous, ils viennent au marc le franc malgré la date différée de leurs inscriptions.

961. Avec l'article 841 C.C.S. (1) se pose de nouveau la question de savoir si les hypothèques légales de l'article 837 sont ou non des hypothèques privilégiées. A vrai dire, la question est peu importante pour l'hypothèque du vendeur ou du copartageant. Il est bien évident que leur hypothèque légale ne prime pas les hypothèques déjà inscrites de leur chef ou du chef de leur auteur. Et, comme, en Suisse, il n'y a pas d'hypothèque générale, et notamment pas d'hypothèque judiciaire, leur hypothèque, si elle est rapidement inscrite, primera celle des autres créanciers de l'attributaire ou de l'acquéreur. La seule question, déjà examinée, est de savoir si le délai de trois mois de l'article 838 est un délai de forclusion, ou si ce délai conserve le droit du créancier en rejetant après lui les autres créanciers de l'acquéreur inscrit dans ce délai.

962. Pour l'hypothèque légale de l'entrepreneur, la question est plus compliquée. Comme le vendeur, il a mis dans le patrimoine du propriétaire une richesse nouvelle dont il serait injuste que les autres créanciers, même antérieurs, profitent à son préjudice. Il est donc juste que son hypothèque passe, même avant les hypothèques précédemment inscrites, sur la plus-value provenant des travaux. Nous avons vu que, s'il en est ainsi, l'article 840 ne présente plus de difficulté; nous pouvons ajouter que, s'il s'agit d'entreprises de travaux distincts, il y a des plus-values différentes, sur lesquelles porteront séparément les hypothèques des différents entrepreneurs ayant fait ces travaux.

963. Mais, d'une manière générale, comment pourra-t-on donner à l'entrepreneur un droit de faveur sur la richesse qu'il a mise dans le patrimoine du propriétaire ?

964. En France, où, comme nous le savons, les exigences exagérées de la loi n'ont pas permis à l'institution de se développer, le privilège des entrepreneurs et ouvriers (art. 2103) passe avant toute hypothèque sur la plus-value apportée à l'immeuble par la construction. S'il s'agit de travaux ayant conservé l'immeuble, il ne pourra pas, du moins il est

(3) C.C.S., art. 841 : « Si les artisans et entrepreneurs subissent une perte lors de la réalisation de leurs gages, les créanciers de rang antérieur les indemnisent sur leur propre part de collocation, déduction faite de la valeur du sol, dans la mesure où ces créanciers pouvaient reconnaître que la constitution de leurs gages porterait préjudice aux artisans et entrepreneurs.

« Les créanciers de rang antérieur qui cè-

dent leurs titres de gage immobilier répondent envers les artisans et entrepreneurs du montant dont ceux-ci se trouvent frustrés par la cession.

« Dès que le début des travaux a été mentionné au Registre foncier sur l'avis d'un ayant droit, et jusqu'à la fin du délai d'inscription, aucun gage immobilier ne peut être inscrit, si ce n'est sous forme d'hypothèque. »

douteux qu'il puisse, passer avant les autres inscriptions, pour frais faits pour la conservation de la chose, quoique les travaux aient conservé le gage des autres créanciers ⁽¹⁾.

965. La plus-value sera constatée par une expertise, pour laquelle l'expert est nommé d'office par le président du tribunal dans le ressort duquel ont été exécutés les travaux.

966. Le même système a été adopté dans quelques-uns des Etats-Unis ⁽²⁾.

967. Dans le système allemand, nous avons vu que l'article 648 C.C.A. ne donne que le droit de demander une hypothèque conventionnelle. Les projets du Code allemand ⁽³⁾, mais non le premier projet, se fondaient sur le système de la *Differenz-Kaution* : outre le droit pour l'entrepreneur ou artisan d'exiger la constitution d'une hypothèque, le propriétaire devait, avant le commencement des travaux, donner caution pour la somme représentant la différence de valeur entre l'immeuble bâti et le terrain. Cette caution garantissait aux entrepreneurs et artisans la somme que leur droit de gage ne leur ferait pas percevoir. Ce système présenterait le même inconvénient que le système français des expertises.

968. Le système du Code civil suisse est original : le législateur s'est préoccupé des cas, fréquents à ce qu'il paraît, où les terrains à bâtir étaient grevés de droits de gage, peut-être fictifs, dépassant leur valeur, ce qui donnait à certains spéculateurs un moyen de s'approprier gratuitement, et aux dépens des artisans et entrepreneurs, la plus-value donnée à l'immeuble par les constructions. Pénétré de cette idée, le législateur suisse a fait de l'article 841 une application de l'action paulienne ou révocatoire ⁽⁴⁾. Il en résulte que ce n'est qu'indirectement que l'hypothèque de l'artisan ou entrepreneur est privilégiée ; elle l'est, dans le sens vulgaire du mot, en ce sens qu'elle est assortie d'une action personnelle en indemnité contre les créanciers antérieurs.

C'est aux créanciers d'un rang antérieur que les artisans et entrepreneurs devront s'adresser pour se faire indemniser, dans la mesure où ceux-ci ont su, ou dû savoir, en y prêtant une attention suffisante, que la constitution de leurs gages portait préjudice aux artisans et entrepreneurs.

969. Suivant les règles générales de l'action paulienne, il faut que le propriétaire ait eu l'intention de porter préjudice aux artisans et entrepreneurs, et que cette intention ait été connue ou ait pu être connue du créan-

(1) Cf. *suprà*, n° 785.

(2) Wieland, art. 841, n° 1.

(3) *Ibid.*

(4) Cf. *Loi des Poursuites*, art. 288.

cier antérieur. Et même, le texte définitif est plus large ici que celui des projets; l'intention frauduleuse, *consilium fraudis*, existera dès que le propriétaire et les autres créanciers ont pu reconnaître qu'ils allaient porter préjudice aux artisans et aux entrepreneurs, sans qu'il soit besoin que les autres créanciers aient eu une intention dolosive, ou aient fait preuve de négligence grossière.

970. Cette action, qui est une action révocatoire, comme celle de l'article 288 de la Loi des Poursuites, tend à obtenir des créanciers qu'ils indemnisent les artisans et entrepreneurs sur la partie du prix de vente qui excède la valeur du sol. Il faudra donc, ici aussi, une expertise.

971. En somme, le système diffère du système français en ce que les artisans et entrepreneurs, en Suisse, n'ont pas une hypothèque privilégiée; leur action contre les créanciers antérieurs n'est pas une action hypothécaire portant sur la plus-value; c'est une action personnelle en indemnité contre d'autres créanciers dont les agissements les ont injustement lésés.

972. C'est ingénieux, mais bien compliqué. La nécessité de prouver que les créanciers gagistes du rang antérieur pouvaient reconnaître que la constitution de leurs gages porterait préjudice aux artisans et entrepreneurs est une sérieuse entrave à l'exercice de l'action.

973. D'autre part, le créancier antérieur a fait son prêt avant le contrat d'entreprise, sinon l'entrepreneur ne pourra guère lui adresser de reproche, puisqu'il ne tenait qu'à lui d'inscrire son hypothèque (C.C.S., art. 839, al. 1). Or, s'il en est ainsi, et ce sera presque toujours le cas en pratique, comment l'entrepreneur pourra-t-il attaquer un acte antérieur à la naissance de sa créance? En pareil cas l'action paulienne n'est pas accordée ⁽¹⁾. Cependant, exceptionnellement, en pareil cas, l'action paulienne est accordée si l'acte antérieur a été spécialement dirigé contre le demandeur ⁽²⁾, mais, en ce cas, la fraude ressemble beaucoup à un dol, alors cependant que le texte suisse n'exige même pas que le créancier antérieur soit coupable d'une négligence grossière ⁽³⁾. Cependant, il semble bien que ce soit surtout ce cas qui soit visé; le législateur a voulu atteindre les prêteurs véritables ou fictifs qui ont prêté des fonds excédant la valeur du terrain, parce qu'ils savaient que le terrain était destiné à être bâti, et qui sont, ou complices d'un dol, ou du moins négligents pour n'avoir pas veillé à ce que leurs fonds servent à payer l'entrepreneur.

(1) Planiol, II, n° 316.

(2) *Ibid.*, voir Cass. 5 janv. 1891. D. 91.

1. 331. S. 91. 1. 147. Cass. 30 mai 1905. D. 05. 1. 408.

(3) Wieland, art. 841, n° 1.

974. Si telle est la limite de la portée de l'article 841, il faut reconnaître que la loi suisse consacre une injustice. On pouvait décider que l'entrepreneur n'a pas d'hypothèque légale, et lui laisser le soin de demander une hypothèque conventionnelle, ou de refuser les travaux si les garanties étaient insuffisantes. Mais, du moment qu'on lui accorde une hypothèque légale, c'est qu'on reconnaît en principe qu'il a mis dans le patrimoine du propriétaire une richesse nouvelle sur laquelle il a un droit particulier.

975. Il est possible d'interpréter l'article 841 dans ce sens conforme à l'équité. L'article 841 ne parle pas de fraude, comme l'article 1167 C.C.F., ni d'intention de causer un préjudice, comme l'article 288 L.P. S'il est donc permis de rapprocher l'action de l'article 841 de l'action paulienne, il ne faut pas les confondre. L'action est accordée toutes les fois que les créanciers pouvaient reconnaître que la constitution de leurs gages porterait préjudice aux artisans et entrepreneurs, en général, et non à tel ou tel entrepreneur, puisque, par hypothèse, du moins dans les cas pratiquement vraisemblables, il n'y a pas encore, à la date de leurs inscriptions, de contrat d'entreprise. Quand le fait se produira-t-il ? Toutes les fois que le créancier peut constater facilement que son droit de gage, ajouté à ceux existant, excède la valeur de l'immeuble ; en ce cas, il ne peut pas douter que son hypothèque, en tant qu'elle dépasse la valeur de l'immeuble, ne pourrait être couverte que par la plus-value apportée par des constructions ou autres travaux. Ainsi donc l'action de l'article 841 est *toujours accordée sur toute la partie du prix qui excède la valeur du sol*, tel qu'il pouvait être évalué à la date des inscriptions des créanciers antérieurs.

976. Notre interprétation est bien conforme à l'esprit du Code suisse. Les articles 820, alinéas 1 et 2, et 821, cherchent précisément à éviter que les créanciers gagistes ne profitent des augmentations de valeur du fonds provenant de travaux faits par des tiers. De même l'article 841 ne veut pas qu'ils profitent du travail et des dépenses de l'entrepreneur. De sorte que notre interprétation est également conforme à la lettre de l'article 841.

977. Il faut reconnaître, avec M. Wieland (1), que les difficultés que soulèvera l'article 841 seront nombreuses et graves, et il est même à craindre que, de même que les complications des articles 2103 et 2110 C.C.F., ces difficultés ne s'opposent à ce que l'institution de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs se développe comme il aurait été désirable. On peut se demander si le mieux ne serait pas de laisser à l'entrepreneur

(1) Wieland, art. 841, n° 3.

le soin de veiller à ses intérêts, et de ne consentir à son contrat que moyennant des garanties jugées suffisantes par lui; c'est la solution adoptée par le Code allemand, sous une forme peu heureuse, du reste.

978. Lorsque le créancier de rang antérieur a une cédule hypothécaire (c'est le « titre de gage » mentionné par l'alinéa 2 de l'article 841) et qu'il cède son titre à un tiers de bonne foi, ce dernier est naturellement à l'abri, en vertu des principes qui régissent ces titres de gage (C.C.S., art. 865, 866, 872). Mais, en ce cas, l'artisan ou l'entrepreneur a, contre l'aliénateur, une action en dommages-intérêts, à concurrence du préjudice que leur a causé l'opération. S'il s'agit de lettre de rente, la question, du reste, ne se posera pas, au vu de l'article 848, puisqu'elle ne pourra pas excéder une quote-part de la valeur de l'immeuble, avant les constructions.

979. En outre, pour éviter le danger résultant de la création de nouveaux titres de gage trop facilement transmissibles, l'article 841, alinéa 3, dispose qu'un des ayants droit (le propriétaire ou l'artisan ou l'entrepreneur) peut faire mentionner au Registre foncier le début des travaux. Depuis ce moment, et jusqu'à l'expiration du délai de trois mois imparti par l'article 839, le Registre est *immobilisé* (*Sperrung des Grundbuchs*), c'est-à-dire que le conservateur doit refuser toute inscription de cédule hypothécaire ou de lettre de rente.

980. Pour que l'artisan ou l'entrepreneur puisse exercer l'action de l'article 841, il faut qu'il subisse un dommage. Donc, ce sera seulement après la vente forcée, et lors de la répartition, qu'il pourra agir, car jusqu'à ce moment il n'est pas certain qu'il subisse un dommage. Donc, en cas de vente sur saisie, ou sur réalisation de gage, il faut attendre le moment où il n'est plus possible d'attaquer l'état de collocations (L.P., art. 148); en cas de faillite, il faut attendre le dépôt du compte de distribution (L.P., art. 263) (1).

CHAPITRE XII

LA CÉDULE HYPOTHÉCAIRE ET LA LETTRE DE RENTE

SECTION I. — La cédule hypothécaire.

981. La cédule hypothécaire, dont nous avons vu l'essai, en France, avec la loi du 9 messidor, an III, était connue en Suisse, dans le Droit

(1) Wieland, art. 841, n° 5.

zurichois (1) sous le nom allemand de *Schuldbrief*. Pour cette forme de titre de gage immobilier, c'est le Droit zurichois qui a servi de modèle.

982. « Ce titre de gage (2) était en outre reconnu dans les cantons « de Thurgovie, Glaris, Schaffhouse, Grisons, Saint-Gall, Soleure et « Argovie. Il est, du reste, proche parent des *Pfandobligationen* du Droit bernois (protection de l'acquéreur de bonne foi). »

983. Nous avons déjà examiné (3) les caractères essentiels de la cédula hypothécaire, et nous savons que la cédula se rapproche de l'hypothèque, car elle garantit, comme l'hypothèque, une créance personnelle. Mais elle se rapproche de la lettre de rente en ce qu'elle est incorporée dans un titre, de sorte que, au moins au point de vue important des règles du transfert, ces deux titres de gage peuvent être classés dans un même chapitre, comme l'a fait le Code civil suisse (C.C.S., liv. IV, tit. XXII, chap. III).

984. Le mot de *cédula* est, du reste, employé par le Code suisse dans deux sens différents : ce mot désigne d'abord une créance assortie d'un droit de gage immobilier sous forme de cédula; il désigne aussi le titre matériel dressé par le conservateur du Registre foncier (cf. C.C.S., art. 842 et 857, al. 1) (4).

985. L'article 842 C.C.S. (5) définit la cédula hypothécaire comme étant « une créance personnelle garantie par un gage immobilier ». Le mot est donc employé dans le premier sens. Le texte allemand (6) qui, tel que le traduit M. Wieland, contient une erreur, car c'est une créance personnelle qui donne naissance à une cédula, et non l'inverse, évite, du moins, la confusion des textes français des articles 842 et 857 C.C.S. entre les deux sens du mot de cédula. En français, il eût été possible de désigner la créance sous le nom de créance hypothécaire cédulaire, et de réserver le mot de cédula au titre délivré par le conservateur.

986. En tous cas, l'article 842 montre nettement la différence qui sépare la lettre de rente de la cédula hypothécaire, qui garantit une créance personnelle dont le débiteur répond sur tous ses biens, tandis que le créancier d'une lettre de rente ne peut poursuivre que l'immeuble grevé (C.C.S., art. 847, al. 1). Le débiteur personnel et le propriétaire peuvent, comme pour l'hypothèque, être distincts. Le fait se produira, comme en matière d'hypothèque, lorsqu'une personne aura accepté d'être

(1) Code civil de Zurich, art. 330, et Rem. de Bluntschli-Schneider.

(2) Wieland, art. 842, n° 1.

(3) *Suprà*, n°s 697 et ss.

(4) Cf. Wieland, art. 842, n° 2.

(5) C.C.S., art. 842 : « La cédula hypothé-

caire est une créance personnelle garantie par un gage immobilier. »

(6) Traduction Wieland, art. 842, note : « La constitution d'une cédula hypothécaire donne naissance à une créance personnelle garantie par un gage immobilier. »

caution réelle d'une autre, au moyen de la constitution d'une cédule hypothécaire, ou encore quand le débiteur vend à un tiers un immeuble sur lequel il avait constitué une cédule hypothécaire (C.C.S., art. 845 et 846). Au contraire, cette situation ne peut pas se produire pour la lettre de rente, pour laquelle il ne peut y avoir d'autre débiteur que le propriétaire de l'immeuble (C.C.S., art. 851).

987. Un principe important, admis par le Droit suisse, est que celui qui a créé une cédule hypothécaire ne peut plus opposer à l'acquéreur de bonne foi de la créance que les exceptions résultant de l'inscription ou du titre (C.C.S., art. 865, 866, 867, 872). Il ne peut donc se prévaloir, vis-à-vis de cet acquéreur de bonne foi, des exceptions rattachées au caractère personnel de l'obligation. En d'autres termes, le principe de la foi publique due au Registre foncier s'applique aussi, en ce cas, à la créance personnelle. En créant une cédule hypothécaire, le débiteur s'est exposé à se trouver en présence d'un créancier, acquéreur de bonne foi de la créance, auquel il ne pourra rien opposer, quand même la cédule représente une créance personnelle à laquelle diverses exceptions pouvaient être opposées. Par là, la cédule hypothécaire se rapproche des dettes réelles telles que la lettre de rente.

988. En Droit allemand, il en est autrement : le principe de la foi publique due au Livre foncier ne s'étend à la créance que dans la mesure où elle est couverte par le gage. La différence pratique est considérable : en Suisse, le débiteur sera tenu sur tous ses biens envers l'acquéreur de bonne foi de la créance auquel il ne pourra opposer d'autres exceptions que celles résultant du titre ou de l'inscription ; en Allemagne il ne sera tenu sur ses biens non spécialement affectés que dans la mesure où il était tenu envers le créancier primitif ⁽¹⁾.

989. La cédule hypothécaire peut garantir des créances de toute nature, même des créances futures ou simplement possibles ⁽²⁾ (cf. art. 824-825) ce qui, du reste, est dangereux, car l'acquéreur de bonne foi de la cédule a le droit de se fier aux indications du titre et du registre. La créance cédulaire ne doit comporter ni condition, ni contre-prestation (art. 854).

990. Le titre de gage constatant la créance cédulaire, et dans lequel elle est incorporée, est créé en vertu d'un contrat constitutif authentique (art. 799, al. 2) inscrit au Registre foncier.

991. Pour passer d'une forme de gage immobilier à l'autre, par

(1) Voir Wieland, art. 842, n° 2. Cf. C.C.A., 891, 899.

(2) Wieland, art. 842, n° 3.

exemple pour transformer une cédule hypothécaire en une hypothèque ou une lettre de rente, il faut un nouveau contrat en forme authentique ⁽¹⁾.

992. L'article 843 C.C.S. ⁽²⁾ permet au canton de prévoir une estimation facultative ou obligatoire des immeubles, et de prescrire, en outre, que les cédules ne pourraient dépasser cette estimation. Cette estimation et cette *limite de charge* sont analogues à celles qu'avait prescrites la loi inappliquée du 9 messidor an III, articles 36 à 83 ⁽³⁾, qui imposait à ce sujet au conservateur une responsabilité si lourde que ce fut une des causes qui empêchèrent le fonctionnement du système. En Suisse, la loi ne dit pas, comme elle le fait pour la lettre de rente (art. 849), pour laquelle l'estimation officielle et la limite de charge sont obligatoires, et comme elle le fait pour la tenue du Registre foncier (art. 955), que le canton sera responsable des erreurs d'évaluation. Nous en concluons qu'en matière de cédule hypothécaire, la responsabilité du canton ne sera engagée que si la législation cantonale le décide ainsi, ou, en tous cas, si la responsabilité est fondée sur le droit commun des articles 41 et ss. du Code des Obligations.

993. L'estimation prévue par notre article, si elle est faite attentivement, sera de nature à faciliter grandement la circulation des cédules. Peut-être, cependant, faut-il désirer qu'elle ne soit pas faite avec une trop grande réserve, comme c'est le cas, en France, pour les estimations du Crédit foncier. En effet, il en résulterait une gêne pour la création de cédules, et une fixation du crédit immobilier à un chiffre trop bas.

994. Bien que l'estimation officielle soit, comme nous l'avons dit, de nature à faciliter la circulation des cédules, il ne faut pas en conclure que ce titre, ni même les lettres de rente, circuleront avec la même facilité que les actions ou les obligations des grandes sociétés anonymes; ces titres, en effet, tout en ayant la forme de papiers-valeurs, auront toujours le caractère de créances hypothécaires, et, malgré l'estimation officielle, l'acquéreur éventuel de ce titre éprouvera le besoin de se renseigner sur la valeur de son gage.

995. L'article 844 C.C.S. ⁽⁴⁾ a voulu éviter toute difficulté pour le

(1) *Ibid.*, n° 5.

(2) C.C.S., art. 843 : « La législation cantonale peut prévoir une estimation officielle des immeubles en vue de la constitution des cédules hypothécaires et rendre cette estimation facultative ou obligatoire pour les intéressés.

« Elle peut prescrire que les cédules hypothécaires ne seront créées que pour une somme égale ou inférieure à l'estimation de

l'immeuble. »

(3) Voir Planiol, II, n° 2651.

(4) C.C.S., art. 844 : « Sauf stipulation contraire, la cédule hypothécaire ne peut être dénoncée, par le créancier ou le débiteur, que six mois d'avance et pour le terme usuel assigné au paiement des intérêts.

« La législation cantonale peut édicter des dispositions restrictives au sujet de la dénonciation des cédules hypothécaires. »

remboursement des cédulas. En principe, le remboursement ne pourra être demandé ou offert que moyennant un préavis donné assez longtemps à l'avance pour que le débiteur puisse prendre ses mesures, et le créancier trouver un nouveau placement. C'est une disposition excellente, et qu'il serait fort utile d'introduire d'une manière générale dans le droit des obligations, pour les dettes civiles sans terme ou échues.

996. L'article 845 ⁽¹⁾ est relatif aux obligations du propriétaire non personnellement tenu. Il renvoie aux articles 826, 827 et 831. La divergence d'opinion que nous avons signalée entre M. Wieland et MM. Rossel et Mentha ⁽²⁾ se retrouve ici. Comme le font remarquer MM. Rossel et Mentha : « C'est surtout lorsque la créance a la forme d'une cédula hypothécaire que le propriétaire doit pouvoir en dénoncer le remboursement, « ce que nous avons admis qu'il a toujours le droit de faire, aux mêmes « conditions que le débiteur (art. 827), mais ce que n'admet pas M. Wieland ; car, si on ne lui donne pas cette faculté, il risquerait de ne pouvoir « jamais dégrever son immeuble, puisque, si le débiteur a payé le créancier, la cédula hypothécaire n'est pas éteinte pour cela, mais peut être « négociée de nouveau par le débiteur (art. 863, al. 2). Il importe donc « que le propriétaire non personnellement tenu ait à sa disposition un « moyen sûr de dégrever son immeuble, et nous n'en voyons pas d'autre « que celui de dénoncer et d'opérer lui-même le remboursement de la « cédula, ce qui le rendra maître de la situation, au lieu que, sans cela, « il est dans une trop grande dépendance du débiteur. »

« Au reste, il (le débiteur) peut opposer au créancier toutes les exceptions compétant au débiteur (al. 2), c'est-à-dire les exceptions limitées « de l'article 872. »

997. L'article 846 C.C.S. ⁽³⁾ renvoie aux articles 832 et 833 (cf. Ordonnance sur le Registre foncier, art. 68, al. 2, et 87) pour le cas d'aliénation et de division de l'immeuble. Dans ces divers cas, les règles relatives à l'hypothèque s'appliquent à la cédula hypothécaire.

SECTION II. — La lettre de rente.

998. La lettre de rente est définie en termes très brefs, mais précis,

(1) C.C.S., art. 845 : « Le propriétaire qui n'est pas personnellement tenu est soumis aux règles applicables en matière d'hypothèques. »

« Il peut opposer au créancier toutes les exceptions compétant au débiteur. »

(2) Voir Rossel et Mentha, II, p. 263. — Wieland, art. 845, n° 1. Cf. *suprà*, n° 906.

(3) C.C.S., art. 846 : « Les effets de l'aliénation et de la division de l'immeuble sont régis en matière de cédulas hypothécaires par les dispositions applicables aux hypothèques. »

et tout à fait suffisants par l'article 847 C.C.S. (1). La définition renvoie, du reste, à l'article 782, qui définit lui-même la charge foncière, par laquelle le propriétaire d'un fonds est assujéti à certaines prestations pour lesquelles il n'est tenu que sur son immeuble. Nous avons déjà examiné l'article 782, et les rapports qui existent entre le charge foncière et la rente foncière (2).

999. La lettre de rente a été acceptée par les représentants de toute la Suisse, alors que la charge foncière, en général, ayant pour objet principal une prestation en nature, était vivement combattue par les représentants de la Suisse romande (3).

1000. Une dette personnelle peut être garantie par une lettre de rente, mais, en elle-même, la lettre de rente reste toujours une *créance impersonnelle* (4). La limitation de la responsabilité à l'immeuble lui-même est, selon M. Wieland, *de droit impératif*, de telle sorte que « la convention « par laquelle le créancier non couvert par le produit du gage pourrait s'en « prendre aux autres biens du débiteur serait nulle ».

1001. La créance garantie est une rente; il est donc naturel que les immeubles donnant des fruits ou des produits réguliers puissent seuls être grevés. C'est pourquoi l'alinéa 2 de l'article 847 prohibe la lettre de rente constituée sur des immeubles à destination industrielle ou commerciale : fabriques, hôtels, exploitation de mines ou de carrière (5), et limite son application aux immeubles ruraux, maisons d'habitation et terrains à bâtir. En pratique du reste, les terrains à bâtir ne pourront guère être grevés d'une lettre de rente, les règles à suivre pour leur estimation s'y opposant, en général (6). En ce qui concerne les mines, il est vrai qu'elles sont destinées à s'épuiser, cependant on aurait pu admettre la création de lettres de rente gagées sur des mines dont la durée aurait semblée pratiquement indéfinie. A ce sujet, il est intéressant de remarquer, en Droit français, que l'une des rares institutions ressemblant à l'ancienne rente foncière, est précisément la redevance annuelle payée par le concessionnaire d'une mine aux propriétaires de la surface (7). Il est vrai qu'alors l'épuisement de la mine entraîne, au moins théoriquement, le retrait de la concession, et l'extinction du droit à la rente.

(1) C.C.S., art. 847 : « La lettre de rente est une créance constituée en charge foncière sur un immeuble.

« Les immeubles ruraux, les maisons d'habitation et les terrains à bâtir peuvent seuls en être grevés.

« La lettre de rente est exclusive de toute obligation personnelle et n'exprime pas la cause de la créance. »

(2) *Suprà*, n°s 257 et ss.

(3) V. Rossel, *Code civil suisse*, Payot, éd., Lausanne, note sous l'art. 782.

(4) Wieland, art. 847, n° 1.

(5) Voir Rossel et Mentha. *Droit civil*, II, p. 264.

(6) *Ibid.*

(7) Planiol, I, n°s 2408 et 3003. L. du 21 avril 1810.

1002. Nous allons examiner maintenant une organisation intéressante, qui contribuera probablement à donner à la lettre de rente une grande extension dans la pratique, en prêtant au crédit immobilier mobilisé sous cette forme, la garantie de l'Etat, de telle sorte que les lettres de rente, ainsi garanties, seront facilement acceptées, et circuleront sans peine.

1003. L'article 848 C.C.S. ⁽¹⁾ indique quelle est la *charge maximale* de la lettre de rente. Dans les limites de cette charge maximale, rien ne s'oppose à ce qu'il puisse être créé des lettres de rente ayant, entre elles, un rang différent.

1004. Alors que, pour les cédulas hypothécaires, nous avons vu que le contrôle de l'Etat, c'est-à-dire du canton, est facultatif, ici, pour la lettre de rente, il est légal et obligatoire; les cantons sont responsables, aux termes de l'article 849 C.C.S. ⁽²⁾. Cette responsabilité paraît, du reste, moins lourde que celle qui résulte de l'article 955 relativement à la tenue du Registre foncier ⁽³⁾.

1005. D'après les projets, les cantons étaient présumés en faute. C'est à eux qu'il incombait de démontrer qu'ils avaient fait l'estimation sérieusement. D'après le texte de l'article 849, au contraire, c'est à l'intéressé à prouver la négligence du canton. La responsabilité du canton est, en somme, assez légère, pour peu que les fonctionnaires soient attentifs.

1006. Pour l'avantage du crédit immobilier, il eût été utile que les cantons fussent, en tous cas, responsables de la perte subie par le porteur de la lettre de rente. Les lettres de rente seraient ainsi devenues un instrument de circulation du crédit immobilier très apprécié et très recherché des capitalistes. Mais cette garantie des cantons, en raison des variations et des incertitudes de la valeur des immeubles, aurait sans doute paralysé l'institution, par suite de l'évaluation trop restreinte que les cantons auraient donnée aux immeubles. La loi serait même, peut-être, restée inappliquée, comme la loi française du 9 messidor an III, dont une des causes de non-application fut précisément la responsabilité trop lourde du conservateur des hypothèques ⁽⁴⁾.

(1) C.C.S., art. 848 : « Le capital de la lettre de rente grevant des fonds ruraux ne peut excéder les deux tiers de la valeur de rendement du sol, plus la moitié de la valeur des bâtiments. »

« Si la lettre de rente grève des immeubles urbains, son capital ne peut excéder les trois cinquièmes de la moyenne entre leur valeur de rendement et la valeur du sol et des bâtiments. »

« L'estimation a lieu suivant une procé-

dure officielle réglée par la législation cantonale. »

(2) C.C.S., art. 849 : « Les cantons sont responsables, si l'estimation n'a pas été faite avec tout le soin voulu. »

« Ils ont un droit de recours contre les fonctionnaires en faute. »

(3) Voir *suprà*, n° 509.

(4) Planiol, I, n° 2651. Cf. G. Rondel. *La Mobilisation du sol*, p. 150 et ss.

1007. La lettre de rente est, en principe, irrachetable. L'article 850 C.C.S. (1) indique quels sont les cas où le rachat peut avoir lieu. Pour favoriser le dégrèvement des immeubles, ce qui présente un intérêt d'ordre public, il faut autoriser le propriétaire à dégrever son immeuble en éteignant la rente. C'est ce que fait l'alinéa 1 de l'article 850. Les périodes successives de six ans prévues par le texte peuvent, selon MM. Rossel et Mentha (2), être raccourcies par une convention; nous croyons plutôt que les délais de l'article 850 sont d'ordre public, et ne peuvent être réduits. En tous cas, ces périodes de six ans, et le délai de préavis d'un an, qui ne peut être diminué, sont largement suffisants pour que le créancier ait le temps de chercher un autre placement de ses fonds. Le délai de dénonciation d'un an est celui déjà fixé par l'article 788, n° 2, alinéa 2 pour les charges foncières.

1008. Quant au créancier, en principe, il ne peut exiger le remboursement. La créance d'une lettre de rente confère le droit de percevoir une rente, et non un capital; le créancier retrouvera, du reste, son capital en cédant son droit à la rente. Cependant, il a droit au remboursement du capital de la rente dans les cas prévus par l'article 787, c'est-à-dire : 1° quand l'immeuble est divisé et que cette division compromet notablement les droits des créanciers (cf. art. 852), 2° si le propriétaire diminue la valeur de l'immeuble sans offrir des sûretés en échange (3), 3° si le propriétaire n'a pas acquitté ses prestations de trois années consécutives.

1009. L'alinéa 2 de l'article 850, qui contient une disposition d'ordre public, dans le but de donner plus d'unité à la forme de la lettre de rente, et plus de stabilité à l'institution, interdit de fixer d'autres conditions de rachat en faveur du créancier, alors cependant que, pour les autres charges foncières, l'article 787 permet d'exiger le rachat dans les cas prévus par une clause spéciale de la convention.

1010. En Droit français, nous rappellerons les conditions du rachat de la rente foncière, tout en remarquant que la lettre de rente suisse diffère profondément de notre vieille rente foncière (4). La rente foncière, primitivement irrachetable, est devenue rachetable aux termes du décret

(1) C.C.S., art. 850 : « Le propriétaire de l'immeuble grevé peut, à l'expiration de chaque période de six ans, opérer le rachat de la lettre de rente en le dénonçant un an d'avance, même si les parties étaient convenues de l'exclure pour un temps plus long.

« Le créancier ne peut exiger le remboursement que dans les cas déterminés par la loi. »

(2) Rossel et Mentha, II, p. 266.

(3) En matière de lettre de rente, il ne semble pas que les sûretés puissent consister en autre chose qu'un supplément de gage immobilier, sinon le caractère de la lettre de rente serait dénaturé.

(4) Voir *suprà*, n°s 695, 705, 1001.

du 4 août 1789 et de la loi du 18-29 décembre 1790. Le Code civil français a admis le même principe par son article 530 qui ⁽¹⁾ fut le dernier article voté du Code civil, avec la dernière des trente-six lois qui composèrent le Code, et fut promulgué seulement avec la loi du 30 ventose an XII qui réunit ces trente-six lois en une seule. Le débiteur seul peut imposer le rachat de la rente, et une convention permet de la déclarer irrachetable pendant trente ans au maximum. Ce délai est le même qui a été admis par le Code suisse, quand il fixe également à un maximum de trente ans le délai pendant lequel les charges foncières peuvent être déclarées irrachetables (C.C.S., art. 788).

1011. Essentiellement différente, soit de la vieille rente foncière, soit de la lettre de rente suisse, est la rente constituée des articles 1909, 1910, 1911 et 1912 C.C.F., disparue en pratique, sauf pour les emprunts de l'Etat; il y a cependant cette ressemblance que, là aussi, le créancier ne peut pas exiger le rachat. Par contre, comme pour la rente foncière française du Code civil, comme pour la charge foncière du Droit suisse, et comme pour la lettre de rente suisse, le débiteur peut imposer le remboursement, et une convention ne peut supprimer cette faculté que pour un délai maximum de dix ans. Exceptionnellement, le créancier peut exiger le remboursement si le débiteur cesse de remplir ses obligations pendant deux années, disposition qui peut être rapprochée de celles de l'article 787 C.C.S., n° 3, ou encore s'il a manqué de fournir au prêteur les sûretés promises, ce qui peut être également rapproché, dans une certaine mesure, des dispositions de l'article 787 C.C.S., où l'on voit que le rachat peut être imposé au débiteur d'une charge foncière, ou d'une lettre de rente (art. 850, al. 2 C.C.S.) quand la garantie offerte se trouve compromise.

1012. Dans le Code civil allemand, nous retrouvons la rente foncière, sous le nom de *Rentenschuld*, régie par les articles 1199, 1200, 1201, 1202 et 1203 C.C.A. Elle peut être sans cédule, ou avec cédule ⁽²⁾ et, en ce dernier cas, ressemble à la lettre de rente suisse. Elle se distingue de la dette foncière allemande (C.C.A., art. 1191 et ss.) dont elle représente un sous-genre, en ce que, en principe, la rente seule est exigible, et non le capital. Par contre, la rente foncière est rachetable par le propriétaire, sauf convention contraire qui ne peut fixer un délai dépassant trente ans. Au point de vue économique, la rente foncière se rapproche beaucoup ⁽³⁾ de la redevance foncière ⁽⁴⁾; il existe cependant entre elles des différences

(1) Planiol, I, n° 3001.

(2) C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1199, note.

(3) *Ibid.*

(4) C.C.A., art. 1105 et ss. Cf. les charges foncières suisses, C.C.S., art. 782 et ss.

notables : les redevances foncières ne sont pas nécessairement périodiques régulièrement ⁽¹⁾; la redevance foncière ne peut pas être incorporée dans une cédula ni être au porteur ⁽²⁾. D'autre part « la rente foncière ne peut pas avoir un immeuble pour sujet actif; le rachat de la rente foncière est réglé par une loi d'Empire, et a pour conséquence l'acquisition de la rente foncière par le propriétaire ». « Enfin, dans le cas d'une redevance foncière, le propriétaire de l'immeuble grevé est personnellement tenu des prestations pendant le temps de sa propriété, tandis que dans le cas d'une rente foncière, l'immeuble seul en répond ⁽³⁾. »

1013. Le propriétaire a le droit de racheter la rente, le créancier ne peut se réserver le droit d'exiger le rachat; il ne peut l'exiger que dans le cas prévu par l'article 1133, n° 2, C.C.A., c'est-à-dire quand une détérioration de l'immeuble met en péril le créancier, ou quand le propriétaire a *dénoncé* le rachat, c'est-à-dire notifié sa volonté de racheter la rente; il faut ajouter le cas où l'immeuble a été l'objet d'une adjudication aux enchères publiques ou d'une expropriation forcée ⁽⁴⁾. Le droit du propriétaire de dénoncer le rachat, qui ne peut être supprimé par une convention que pour une durée maximum de trente ans, est subordonné à un délai de préavis de six mois (C.C.A., art. 1202; cf. C.C.S., art. 850); les lois d'Etat peuvent réduire, mais non augmenter ce délai de trente ans (loi d'introduction, art. 117).

1014. L'article 851 C.C.S. ⁽⁵⁾ ne demande pas d'autre commentaire que ceux qui ont été déjà présentés.

1015. Le parcelllement de l'immeuble est prévu par l'article 852 C.C.S. ⁽⁶⁾, qui renvoie à l'article 833. La question se pose de savoir si l'article 833 doit ou non être appliqué intégralement, notamment dans son alinéa 2, d'où il faudrait conclure que le créancier à qui la répartition ne plaît pas pourrait exiger le rachat sans avoir à donner de motif. Contrairement à l'opinion de M. Wieland et de MM. Rossel et Mentha ⁽⁷⁾,

(1) C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1105, note.

(2) *Ibid.*, art. 1199, note.

(3) *Ibid.*

(4) C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1201, note. Voir art. 92 et 158, Loi allemande sur l'expropriation forcée. — Art. 109, Loi d'introduction.

(5) C.C.S., art. 851 : « La lettre de rente a pour débiteur le propriétaire actuel de l'immeuble grevé. »

« L'acquéreur de l'immeuble en devient de plein droit débiteur, à la décharge de l'ancien propriétaire. »

« Les intérêts se transforment en obliga-

tion personnelle du propriétaire dès qu'ils cessent d'être garantis par l'immeuble. »

(6) C.C.S., art. 852 : « Si l'immeuble grevé est divisé, les propriétaires des diverses parcelles deviennent débiteurs de la lettre de rente. »

« Les règles concernant la division des immeubles grevés d'hypothèque sont applicables à l'assignation de la dette sur les diverses parcelles. »

« En cas de rachat, le créancier doit faire la dénonciation un mois au plus tard après que la nouvelle répartition des charges est devenue définitive, et pour le terme d'un an. »

(7) Wieland, art. 852, n° 4. — Rossel et Mentha, II, p. 268.

nous admettons la réponse affirmative : l'article 852, alinéa 2 admet l'application des règles concernant la division des immeubles grevés d'hypothèque, lorsqu'il s'agit de l'assignation de la dette sur les diverses parcelles. Le droit donné au créancier par l'article 833 d'exiger le remboursement est une de ces règles; c'est précisément un des cas de remboursement prévus par l'article 850, qui ne se réfère pas à l'unique article 787, mais à tous les cas où le remboursement est prévu par la loi; et la loi, ici, c'est l'article 833, alinéa 2, auquel renvoie l'article 852, alinéa 2. Il est vrai que l'article 852, alinéa 2, renvoie à l'article 833 pour ce qui est des règles relatives à l'assignation de la dette sur les diverses parcelles; mais l'article 833, alinéa 2, constitue bien l'une de ces règles, celle qui donne précisément au créancier un moyen de contrôle et évite une mauvaise répartition. Du reste, l'alinéa 3 paraît bien donner au créancier le droit d'imposer le rachat, car il reproduit les termes de l'article 833, alinéa 2. Il est certain que, si la jurisprudence consacre notre opinion, le caractère irrachetable de la lettre de rente subit une sérieuse atteinte. On peut dire aussi que le droit d'exiger le rachat n'est pas indispensable au créancier qui est suffisamment armé par l'article 787, alinéa 1, qui lui permet de demander le rachat, au cas où le parcellement compromet notablement ses droits. Cependant, il faut reconnaître que le parcellement est une gêne pour le créancier, et qu'il peut aboutir à grever de petites parcelles de lettres de rente minuscules. En pratique, la question ne se posera peut-être pas aussi souvent qu'on pourrait le craindre; un créancier bien garanti conservera sa lettre de rente, qui, divisée, n'en sera que plus maniable jusqu'au moment où la division sera excessive ou mal faite, ce qui lui permettrait d'invoquer l'article 787, alinéa 1. En général, les propriétaires s'entendront préalablement avec les porteurs de la lettre de rente, pour éviter de tomber dans les complications inextricables signalées par MM. Rossel et Mentha ⁽¹⁾.

1016. Nous nous bornerons à signaler l'article 853 C.C.S. relatif aux anciennes lettres de rente créées sous l'empire des législations cantonales, et qui continuent à subsister. Il faut espérer que, pour unifier l'institution, elles rentreront peu à peu dans le cadre du Code civil suisse.

(1) Rossel et Mentha, II, p. 268.

SECTION III. — Dispositions communes à la cédule hypothécaire et à la lettre de rente.

§ 1. *Constitution. Extinction. Droits du créancier.*

1017. L'intitulé du chapitre III, titre XXII, livre IV du Code civil suisse réunit la cédule hypothécaire et la lettre de rente. Nous avons déjà vu ⁽¹⁾ que la cédule hypothécaire diffère essentiellement de la lettre de rente, et se rapproche beaucoup plus de l'hypothèque proprement dite. Elles se ressemblent cependant ⁽²⁾ en ce qu'elles constituent toutes deux des papiers-valeurs, créés par le conservateur du Registre foncier, conformément aux indications de ce Registre; de là dérivent toute une série de dispositions applicables à l'un et à l'autre de ces titres de gage immobilier.

1018. Tout d'abord, l'article 854 C.C.S. ⁽³⁾ a pour objet de simplifier le titre de gage, en interdisant que la dette soit accompagnée de conditions ou de stipulations de contre-prestation. Comme le font observer MM. Rossel et Mentha ⁽⁴⁾, la dette doit être simple, abstraite, analogue dans une certaine mesure à celle que constate le billet de banque : « Telle « personne doit telle somme, garantie par tel immeuble, au porteur de la « cédule; tel immeuble est grevé de telle somme, produisant tel intérêt, « au profit du porteur de la lettre de rente. Il ne faut rien ajouter à cela ⁽⁵⁾. »

1019. Cette règle sera sûrement appliquée à la lettre, et automatiquement, car le formulaire de ces sortes de titres est arrêté par le Conseil fédéral. Si les parties ne peuvent se contenter de cette simplicité, elles ont la ressource de recourir à l'hypothèque.

1020. En Allemagne, les institutions qui correspondent à la cédule hypothécaire et à la lettre de rente suisse n'ont pas la même simplicité. La délivrance d'une cédule hypothécaire est la règle, et il faut une stipulation spéciale pour l'écarter (C.C.A., art. 1116). La dette foncière peut être, à la volonté des parties, constituée avec une cédule au porteur; cette cédule est régie par les dispositions relatives aux titres au porteur (C.C.A., art. 1195). La rente foncière, qui n'est qu'un sous-genre de la dette foncière, peut, en vertu du même texte, être constituée avec ou sans cédule ⁽⁶⁾. Les dispositions relatives à la forme de la cédule sont réglées

(1) *Suprà*, n° 697 et ss.

(2) Rossel et Mentha, II, p. 269.

(3) C.C.S., art. 854 : « La cédule hypothécaire et la lettre de rente ne comportent ni condition, ni contre-prestation. »

(4) Rossel et Mentha, II, p. 269.

(5) *Ibid.* Il vaudrait mieux, à l'occasion de la lettre de rente, parler de *rente* plutôt que d'*intérêts*.

(6) C.C.A., Trad. Comité de lég. étrang., art. 1199, note.

par les articles 57 à 69 de la loi allemande du 24 mars 1897 sur le Livre foncier. Aucun de ces textes, sauf erreur, ne paraît interdire les conditions ou les contre-prestations.

1021. La nature juridique de la cédule allemande est controversée ⁽¹⁾. Est-ce un titre (*Werthpapier*) ? Dans le sens de l'affirmative, on remarque que la délivrance ou la remise de la cédule est nécessaire pour l'acquisition ou le transfert du droit du créancier (C.C.A., art. 1117, 1154, 1069, 1274).

1022. « En sens contraire, on fait remarquer que, sans l'inscription, « l'hypothèque ne naît pas, et que le droit réel naît dès le moment de l'inscription ⁽²⁾. » Les commentateurs du Code allemand ⁽³⁾, estiment décisifs les termes de l'article 1819 C.C.A., relatif à la gestion de la tutelle, qui ne vise que les titres réglés par les articles 1814 et 1818, et range parmi eux les cédules hypothécaires, cédules de dette foncière et de rente foncière. Ce sont, concluent-ils, des titres nominatifs, sans doute parce que l'article 1154 C.C.A. exige, pour la cession, non seulement la remise de la cédule, mais encore une déclaration de cession. Cependant, pour la dette foncière et la lettre de rente tout au moins, l'article 1195 C.C.A. paraît permettre leur constitution comme titres au porteur.

1023. Ce système allemand est beaucoup plus compliqué et moins clair que le système suisse; peut-être le législateur allemand a-t-il été gêné par des traditions juridiques trop différentes suivant les divers Etats de l'Empire. Il semble probable que l'organisation suisse permettra un développement plus rapide qu'en Allemagne des cédules hypothécaires et des lettres de rente.

1024. Logique avec ses principes, qui tendent à faire de la cédule hypothécaire et de la lettre de rente un instrument pratique de circulation du crédit immobilier, le Code civil suisse a posé dans l'article 855 ⁽⁴⁾ une règle si grave que, dans une discussion très remarquable, MM. Rossel et Mentha, d'accord avec M. Wieland ⁽⁵⁾ estiment nécessaire d'en limiter la portée. Leur opinion, basée sur les motifs les plus solides, et sur leur autorité, sera peut-être suivie par la jurisprudence. Cependant, tout en rappelant que la loi ne peut être que conforme à l'usage, et que, tôt ou tard l'usage fait et défait la loi, il faut bien, tant que le texte légis-

(1) C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1116, note.

(2) C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1116, note.

(3) *Ibid.*

(4) C.C.S., art. 855: « La constitution d'une cédule hypothécaire ou d'une lettre

de rente éteint par novation l'obligation dont elle résulte.

« Toute convention contraire n'a d'effet qu'entre parties et à l'égard des tiers de mauvaise foi. »

(5) Rossel et Mentha, II, p. 270. — Wieland, art. 855, nos 1 et ss.

latif est là, et lorsqu'il est précis et impératif, que le juge l'applique tel qu'il est, jusqu'au moment où le législateur est amené, par les critiques que soulève son œuvre, à la réformer. Or, le texte de l'article 855 décide que « la constitution d'une cédula hypothécaire ou d'une lettre de rente « éteint par novation l'obligation d'où elle résulte. Toute convention « contraire n'a d'effet qu'entre parties et à l'égard des tiers de mauvaise « foi ». La cédula et la lettre de rente sont à elles-mêmes leur propre cause; elles ne se rattachent pas, vis-à-vis d'un tiers de bonne foi, à une obligation antérieure, qui est *éteinte par novation*. L'article 842 ne fournit pas d'argument contraire à cette idée d'extinction de l'ancienne obligation; s'il est vrai que, pour la cédula hypothécaire, il y a une créance personnelle à côté de la créance hypothécaire, rien n'empêche que cette créance personnelle ne soit une créance nouvelle, sans lien avec une ancienne obligation personnelle, éteinte par novation.

1025. Cependant MM. Rossel et Mentha se demandent à propos de cette idée de novation si cela est « vrai absolument ». Peut-être est-ce regrettable, mais il faut bien admettre que c'est vrai, pour le moment, puisque le législateur l'a décidé. Et le texte ne se borne pas à dire qu'il s'opère une novation, sur les effets de laquelle on pourrait discuter; le texte déclare que l'obligation ancienne est *éteinte* par novation. Et l'alinéa 2 fait de cette règle une règle d'ordre public, à l'égard des tiers tout au moins.

1026. A vrai dire, la question, si importante qu'elle soit en théorie, ne présente peut-être pas un intérêt pratique très considérable. Tout d'abord, il ne semble pas qu'il puisse y avoir de divergence d'opinion sur certains effets de cette novation. Il faut admettre, avec M. Wieland ⁽¹⁾ que les droits accessoires, tels que les cautionnements et droits de gage mobiliers s'éteignent (C.O., art. 144, al. 1), de même que les intérêts moratoires et les peines conventionnelles relatifs à l'ancienne dette (C.O., art. 104, et 160 ss); s'il s'agit d'une lettre de rente, le débiteur ne répond plus que sur les immeubles engagés, et non plus sur tous ses biens; le titre de gage fait présumer l'existence de la créance, et le créancier ne peut réclamer la créance qu'en présentant le titre de gage; les vices de forme du contrat primitif n'entraînent pas nullité du titre. Nous admettons aussi, avec M. Wieland, que le débiteur peut opposer au créancier (mais non au tiers-porteur de bonne foi) que la lettre a été constituée en garantie d'une dette illicite ou immorale; M. Wieland fonde cette opinion sur l'article 872 C.C.S. Elle se fonde aussi sur le droit commun qui

(1) Wieland, art. 855, n° 1, a.

n'admet pas que la novation puisse remplacer une dette illicite ou immorale par une dette valable ⁽¹⁾. Les termes employés par M. Wieland sont, du reste, trop généraux; il en résulterait que le débiteur pourrait opposer au créancier primitif porteur de la lettre toutes les causes de nullité de l'ancienne obligation, par exemple celles résultant de son incapacité. Nous ne le pensons pas; de telles obligations existent comme obligations naturelles ⁽²⁾, et peuvent être novées ⁽³⁾. Une fois novée, l'ancienne obligation est éteinte, et la nouvelle est valable; l'article 872 ne fournit pas d'objection; le débiteur peut faire valoir les exceptions qu'il a personnellement contre le créancier, et, ici, précisément, il n'a pas d'exception.

1027. MM. Rossel et Mentha ⁽⁴⁾ admettent que, si l'acheteur d'un immeuble a payé le solde du prix en cédula hypothécaire ou en lettre de rente, il ne sera pas privé de l'action en garantie des défauts que lui donne l'article 219 C.O. Ils fondent cette solution sur l'article 872. Nous admettons la même solution, mais sans la rattacher à l'article 872, car ici, le débiteur n'a pas d'exception à faire valoir contre le créancier; il a, contre lui, non une exception, mais une action, résultant de l'obligation de garantie qui n'a jamais été novée. Ce n'est pas parce que l'ancienne obligation produit encore quelque effet qu'il peut demander la garantie, c'est parce que la seule obligation éteinte par novation est celle de payer le prix, et non l'obligation de garantie qui reste intacte, comme elle le resterait en cas de paiement du prix en argent, ce qui eût, comme la novation, éteint l'obligation de payer le prix.

1028. Les mêmes éminents auteurs proposent encore une solution sur laquelle nous ne sommes pas entièrement d'accord avec eux : « Supposons qu'un créancier, auquel le propriétaire doit déjà fr. 70,000, s'engage à lui prêter encore fr. 30,000, moyennant la souscription d'une cédula hypothécaire de fr. 100,000; quand le propriétaire, débiteur de fr. 70,000, va, muni de la cédula de fr. 100,000, toucher les fr. 30,000 promis, le créancier s'excuse et demande un petit délai, que le propriétaire sans défiance lui accorde en lui laissant le titre. Est-ce que cette seule remise du titre le rend débiteur de fr. 100,000 ? Il est clair que non et qu'il ne devra cette somme entière que lorsque les fr. 30,000 manquants lui auront été versés. Mais si, sans avoir versé cette somme complémentaire, le créancier transmet sa cédula à un tiers, ce tiers

(1) Cf. Rép. Fuzier-Hermann et Carpentier. *Jeu et Pari*, n° 156. — Dalloz. *Code civil annoté*, art. 1271, n°s 27 et ss. La première obligation n'ayant pas eu d'existence juri-

dique, la deuxième, fondée sur la novation, serait sans cause.

(2) Planiol, II, n° 343.

(3) *Ibid.* n° 534.

(4) Rossel et Mentha, II, p. 270.

« peut exiger les fr. 100,000 portés au titre, à moins que le propriétaire ne prouve que ce tiers était de mauvaise foi, c'est-à-dire savait que son cédant n'était en réalité créancier que de fr. 70,000. »

1029. Jusqu'au dernier membre de phrase, nous sommes du même avis, tout en disant que la novation n'en est pas moins complète, et l'ancienne obligation éteinte; mais il n'y en a pas moins, si le créancier lui-même réclame 100,000 fr. un enrichissement indu, et il en résulte, *contre la nouvelle obligation*, une exception que le débiteur peut opposer, aux termes de l'article 872.

1030. Par contre, nous estimons que, à moins que le tiers-porteur ne soit complice d'une manœuvre frauduleuse, d'un dol, le fait qu'il savait que le créancier n'avait avancé que 70,000 fr. ne le constitue nullement en état de mauvaise foi. Les rapports des autres parties ne le concernent pas; une cédule librement émise par le propriétaire est entre ses mains, elle se suffit à elle-même; si le propriétaire, en vertu de cette cédule, paie plus qu'il n'a reçu, il en résulte à son profit une action en répétition contre son prêteur; si cette action est sans effet parce que le prêteur est devenu insolvable, le propriétaire ne peut s'en prendre qu'à lui-même de sa propre imprudence, et non pas au tiers-porteur qui n'a pas à être responsable de l'insolvabilité de son cédant, et a payé sa cédule le prix qu'elle valait d'après la somme portée et la garantie donnée par le gage.

1031. Nous estimons que la notion de novation, posée en termes précis et impératifs par l'article 855, est pratique; elle est de nature, par le caractère abstrait qu'elle donne à la lettre de rente et à la cédule, à simplifier les relations, et à fortifier le crédit immobilier. Entre les parties, la faculté donnée par l'alinéa 2 de l'article 855, d'éviter entre elles les effets de la novation, supprime tout danger.

1032. Il ne faut, du reste, pas trop espérer une application littérale de l'article 855; les discussions des auteurs le montrent déjà. Les tribunaux, en présence de cas qui leur semblent choquer l'équité, useront largement de leur pouvoir d'apprécier en fait la bonne foi et la mauvaise foi; ajoutant à cela la notion des actes illicites, et celle de l'abus du droit de l'article 2, alinéa 2, ils jugeront toujours comme bon leur semblera. Ils feront bien de protéger ainsi l'équité, à condition de ne pas aller trop loin, et, sous prétexte de rendre des sentences équitables, de ne pas troubler la simplicité du fonctionnement des cédules et lettres de rente, ce qui nuirait grandement au crédit immobilier, que le législateur a voulu favoriser par la circulation de titres de gage *incontestables*.

1033. En Allemagne, il semble résulter de l'article 1154 C.C.A. qu'il n'y a pas de novation, car la cession de la cédule doit être accompagnée d'une déclaration écrite, qui ne peut pas être rédigée en blanc, ce que permettaient le Droit prussien et le Droit mecklembourgeois ⁽¹⁾, cela pour éviter une transmission trop facile. C'est la conséquence des dispositions de l'article 1153 C.C.A., aux termes duquel « la créance ne peut être cédée sans l'hypothèque, l'hypothèque ne peut être cédée sans la créance », ce qui semble indiquer que, pour la cédule hypothécaire, la dette ancienne subsiste. On peut admettre la solution contraire et l'existence d'une novation, pour la dette foncière, en se basant sur les termes de l'article 1192, qui déclare que la dette foncière ne présuppose pas l'existence d'une créance.

1034. En somme, le législateur suisse, désireux de créer des titres de circulation facile et sûre, a dû prendre, dans ce but, des mesures énergiques et pratiques. Il a produit une œuvre qui se développera probablement mieux que celle du législateur allemand, que la diversité de législations et le souci de suivre un raisonnement théorique paraissent avoir gêné dans son œuvre.

1035. L'article 856 C.C.S. ⁽²⁾ est relatif à la délivrance du titre et à l'inscription. C'est par l'inscription, et dès l'inscription, que l'immeuble est grevé. Mais cette inscription n'est utilisable par le créancier que lors de la délivrance du titre (cf. C.C.S., art. 868). C'est encore un exemple d'un droit qui existe, mais qui reste paralysé dans son exercice jusqu'au moment où les formalités du Registre foncier sont accomplies ⁽³⁾.

1036. De même, en Allemagne ⁽⁴⁾, le droit d'hypothèque naît dès l'inscription, mais n'est transmis que par la remise de la cédule. Du reste, en pratique ⁽⁵⁾, la remise du titre suivra de très près l'inscription et ce n'est guère qu'en cas de faillite ou de décès du débiteur, ou de perte du titre (art. 870 et 868, al. 2 C.C.S.), ou de création d'un titre nul en la forme (cf. C.C.S., art. 857) que l'alinéa 2 de notre article aura à s'appliquer.

1037. La forme de la cédule hypothécaire et de la lettre de rente est réglée par les articles 857 et 858 C.C.S. ⁽⁶⁾ qui, pour les détails du formu-

(1) C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1154, note 2.

(2) C.C.S., art. 856 : « Un titre sera délivré pour toute cédule hypothécaire ou lettre de rente inscrite au Registre foncier.

« L'inscription produit déjà ses effets avant la création du titre. »

(3) Cf. C.C.S., art. 656, al. 2; voir *suprà*, n° 124 et ss.

(4) C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1116, note.

(5) Rossel et Mentha, II, p. 271.

(6) C.C.S., art. 857 : « La cédule hypothécaire et la lettre de rente sont dressées par le conservateur du Registre foncier.

« Elles sont signées par ce fonctionnaire et par un magistrat ou un officier public, que désigne le droit cantonal.

« Ces titres ne peuvent être délivrés au créancier ou à son fondé de pouvoirs qu'avec le consentement exprès du débiteur et du propriétaire de l'immeuble grevé. »

laire, renvoient à l'Ordonnance du Conseil fédéral sur le Registre foncier (Ordonnance, art. 53, al. 2, art. 68, al. 2). Celle-ci ordonne une mise au courant rigoureuse et pratiquement difficile à obtenir ⁽¹⁾. Naturellement (C.C.S., art. 857) c'est le conservateur du Registre foncier qui dresse la cédula hypothécaire ou la lettre de rente, et qui la signe. En outre, elles doivent être signées par un magistrat ou officier public désigné par le Droit cantonal. Cette seconde signature est exigée à peine de nullité ⁽²⁾.

Le fonctionnaire ou magistrat doit vérifier la concordance du titre et de l'inscription (Ordonnance sur le Registre foncier, article 57, al. 2); en fait, il est probable qu'il s'en rapportera à la vérification du conservateur, et il eût été plus simple de ne requérir sa signature que comme légalisation de la signature du conservateur.

1038. L'article 57, alinéa 2, de l'Ordonnance sur le Registre foncier exige encore la signature du débiteur pour la cédula hypothécaire, celle du propriétaire pour la lettre de rente; c'est fort raisonnable. Du reste, la seule sanction du défaut de signature sera le refus d'acceptation du titre par le créancier ou le tiers-acquéreur. Peut-être, cependant, la responsabilité du conservateur et du canton sont-elles engagées.

1039. L'alinéa 3 de l'article 857 décide, avec raison, que le titre ne peut être délivré au créancier qu'avec le consentement exprès du débiteur et du propriétaire de l'immeuble grevé; ces titres circulent trop facilement pour être mis, sans précaution, entre les mains d'un détenteur sans le consentement des intéressés. La sanction est la responsabilité du conservateur, et, sans doute, celle du canton, car il s'agit d'une tenue irrégulière du Registre foncier (art. 955 C.C.S.).

1040. La désignation du créancier, qui peut être celle d'un individu déterminé, ou encore le porteur sans autre indication, fait l'objet de l'article 859 C.C.S. ⁽³⁾. Si le titre est nominatif, il se transmettra par endossement; s'il est au porteur, il se transmettra par tradition manuelle. Nous n'examinerons pas ici la nature des titres au porteur ⁽⁴⁾.

1041. Lorsque le titre est, dès l'origine, créé au profit d'un tiers, il est nécessairement créé en vertu d'un contrat qui, à peine de nullité, doit être passé en forme authentique (C.C.S., art. 799, al. 2). S'il est créé au porteur, ou au profit du propriétaire lui-même, il ne résulte pas d'un con-

Art. 858 : « Le Conseil fédéral arrête, par une ordonnance, le formulaire des cédules hypothécaires et des lettres de rente. »

(1) Rossel et Mentha, II, p. 272.

(2) *Ibid.*

(3) C.C.S., art. 859 : « La cédula hypothé-

caire et la lettre de rente sont nominatives ou au porteur.

« Elles peuvent être créées au nom du propriétaire lui-même. »

(4) Voir A. Wahl. *Traité des titres au porteur français et étrangers.*

trat, et la volonté unilatérale du propriétaire, manifestée par une réquisition, suffira pour obliger le conservateur du Registre foncier à faire l'inscription et émettre le titre. C'est un moyen commode d'éviter les complications et les frais d'un acte authentique ⁽¹⁾. C'est commode, mais dangereux, et c'est encourager les agents d'affaires, au détriment des officiers publics, et au détriment du public qui sera tenté de s'abandonner aux conseils d'intermédiaires souvent peu instruits et parfois peu scrupuleux.

1042. L'alinéa 2 de l'article 20 de l'Ordonnance y remédie, en donnant aux cantons une faculté dont ils feront bien d'user, et qu'il eût été préférable d'insérer dans le Code sous forme d'obligation légale pour toute la Suisse : les cantons peuvent exiger que l'inscription de cédulas hypothécaires ou de lettres de rente au porteur soit requise par une personne ayant qualité pour dresser des actes authentiques ⁽²⁾.

1043. Nous passerons rapidement sur l'article 860 C.C.S. ⁽³⁾ qui, par une disposition très pratique, et que les intéressés emploieront, sans doute, fréquemment, permet de nommer un fondé de pouvoirs qui centralisera les opérations de manière à sauvegarder les droits tant du créancier que du débiteur et du propriétaire. Nous renvoyons, pour l'étude du caractère et de l'étendue du mandat conféré à ce fondé de pouvoirs aux ouvrages de M. Wieland ⁽⁴⁾ et de MM. Rossel et Mentha ⁽⁵⁾.

1044. Nous pouvons comparer l'organisation des cédulas suisses avec celles de la loi française du 9 messidor an III (articles 36 à 83). Dans le système de la loi de l'an III, la cédula hypothécaire délivrée par le conservateur des hypothèques, représentait une hypothèque prise sur le propriétaire lui-même. Ces cédulas étaient nominatives, et se transmettaient par endossement ⁽⁶⁾. Le titulaire de la cédula la vendait et en touchait la valeur. L'hypothèque prise ainsi par le propriétaire sur lui-même ne pouvait excéder une durée de dix années, et ne pouvait grever les biens que jusqu'à concurrence des trois quarts de leur valeur au maximum, chiffre évalué par le conservateur, responsable; admit-on d'abord, des erreurs d'évaluation? Mais, à une époque troublée, où la

(1) Cf. Rossel et Mentha, II, p. 273. Voir *Ordonnance sur le Registre foncier*, art. 20, al. 1.

(2) Cf. Rossel et Mentha, II, p. 273.

(3) C.C.S., art. 860 : « Il est loisible, lors de la création d'une cédula hypothécaire ou d'une lettre de rente, de constituer un fondé de pouvoirs chargé de payer et d'encaisser, de recevoir des communications, de consentir des réductions de garantie et généralement de sauvegarder, en toute diligence et

impartialité, les droits tant du créancier que du débiteur et du propriétaire.

« Le nom du fondé de pouvoirs doit figurer au Registre foncier et sur le titre.

« Si les pouvoirs s'éteignent et que les intéressés ne puissent s'entendre, le juge prend les mesures nécessaires. »

(4) Wieland, art. 860, nos 1 à 5.

(5) Rossel et Mentha, II, pp. 273 et ss.

(6) Planiol, II, n° 2651.

valeur des biens était instable, on dut reculer devant cette responsabilité redoutable, ce qui diminua naturellement la confiance que devaient inspirer ces cédules pour circuler facilement.

1045. Au cours du XIX^{me} siècle, à plusieurs reprises, le rétablissement de l'hypothèque sur soi-même fut réclamé. On la disait « née d'un trait de génie du législateur de la Révolution », tout en reconnaissant qu'elle avait été mal organisée par lui. Il est exact qu'ici, comme le fait s'est produit trop souvent en matière juridique et aussi en matière scientifique, une idée géniale ou heureuse, ou simplement intéressante, née en France, n'a pas pu se développer dans son pays natal, et s'est développée en pays étranger, comme ce fut le cas pour la cédule hypothécaire et pour l'hypothèque sur soi-même qui, nées en France, se développent en Suisse et en Allemagne.

1046. On a proposé, en France (1), de délivrer au propriétaire des *lettres de gage* sur son immeuble, analogues aux warrants des magasins généraux. Ces projets de réforme n'ont encore donné aucun résultat, mais, comme nous l'avons vu (2), la pratique a imaginé des moyens d'arriver à un résultat, sinon aussi commode que le système suisse, du moins présentant quelques-uns de ses avantages : comme la loi permet qu'un titre de créance avec constitution d'hypothèque soit rédigé en brevet, dont l'original peut être remis au créancier, la jurisprudence a permis d'y insérer la clause à ordre, qui permet de transmettre le titre par endossement, comme un effet de commerce (3). Malheureusement, ici comme en tant d'autres matières, l'enregistrement est venu fausser le système, et le rendre presque inutilisable, en grevant le titre de droits très rigoureux ; en effet, le dernier titulaire devait faire enregistrer tous les endossements antérieurs, et acquitter un droit proportionnel de un pour cent (4). Aussi préfère-t-on, en général, la forme du titre au porteur, avec laquelle, le droit perçu étant un droit d'acte, et non un droit de mutation, on fait abstraction de toutes les transmissions intermédiaires. La jurisprudence (5), en effet, au moins celle de quelques cours d'appel, a admis que l'hypothèque passe, avec la créance, à tout porteur du titre. Ce procédé est, du reste, peu employé par la pratique.

(1) Voir Planiol, II, n° 2670 bis. — Chalamel. *Bull. Société Lég. comp.*, avril 1886.

(2) Voir Planiol, II, n° 2671.

(3) Voir les références dans Planiol, *loc. cit.* et n° 2762. Cf. C.C.F., art. 2148.

(4) Cf. Planiol, II, n° 3061. Voir L. Paston. *Des obligations hypothécaires à ordre ou au porteur*, n° 144.

(5) Bordeaux, 18 mars 1852. S. 52. 2. 321. — Paris, 15 mai 1878, sous Cass. 29 juin 1881, S. 83. 1. 218. D. 82. 1. 106. Encore faut-il que le premier créancier soit indiqué dans l'inscription avec la précision exigée par l'art. 2148 C.C.F., n° 1 (loi du 17 juin 1907).

1047. Le système allemand, des articles 1113 et ss. C.C.A., que nous avons déjà abordé⁽¹⁾, procède de la loi prussienne du 5 mai 1872, étendue aux pays rhénans en 1888⁽²⁾.

1048. Alors qu'en Suisse, l'hypothèque, d'une part, la cédula hypothécaire d'autre part, constituent deux institutions régies chacune par ses règles propres, nous voyons, dans le Droit allemand, tel qu'il est organisé par le Code civil, une combinaison de la cédula et de l'hypothèque, qui risque, peut-être, de rendre ce système inférieur à celui de la Suisse, quoiqu'il se prête à des combinaisons plus variées.

1049. En effet, le Code allemand prévoit plusieurs genres d'hypothèques, d'abord l'hypothèque de sûreté⁽³⁾ ou hypothèque de garantie⁽⁴⁾, régie par les articles 1184 à 1190 C.C.A., avec laquelle le droit du créancier se détermine exclusivement d'après la créance, le créancier ne pouvant pas, pour faire preuve de la dite créance, se prévaloir de l'inscription au Livre foncier. Cette hypothèque (*Sicherungshypothek*) ne peut donner lieu à la délivrance d'une cédula (C.C.A., art. 1185), mais elle peut être convertie en une hypothèque ordinaire, et inversement (C.C.A., art. 1186).

1050. Les articles 1187, 1188 et 1189 C.C.A. contiennent les dispositions relatives aux hypothèques garantissant les créances résultant d'obligations au porteur ou les valeurs cessibles par endossement, suivant en cela la loi badoise du 12 avril 1892 et la loi prussienne du 19 août 1895. « Ces prescriptions ont été modifiées, sur certains points, par la loi d'Empire du 4 décembre 1899; en outre, l'article 112 de la loi d'introduction, modifiée également par cette dernière loi, a réservé les dispositions des lois des divers Etats⁽⁵⁾. » On aurait pu supposer, puisqu'il s'agit ici d'obligations à ordre ou transmissibles par endossement, que la cédula au porteur ou à ordre allait trouver là un emploi tout naturel; au contraire, le Code allemand ne permet pas, en ce cas, de délivrer des cédules et impose l'hypothèque de garantie; même si le Livre foncier la désignait autrement, ce serait une hypothèque de garantie, et non une autre. Cependant (C.C.A., art. 1187, *in fine*), pour la cession de la créance, la forme habituelle (déclaration de cession, remise de la cédula art. 1154 C.C.A.) est écartée, ce qui va de soi.

1051. Le Comité de Législation étrangère⁽⁶⁾ explique que, pour

(1) *Suprà*, n° 694 et ss. Voir Planiol, II, n° 2696.

(2) *Ann. étr.* XVIII, p. 319. Cf. XV, p. 129 — XVII, p. 33.

(3) Planiol, II, n° 2696.

(4) C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1184, note 1.

(5) *Ibid.*, art. 1187, note 1.

(6) C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1187, note 3.

garantir les créances constituées sous la forme au porteur, ou cessibles par endossement, il ne peut être question que de l'hypothèque de garantie, car : « il va de soi que le titulaire d'un titre au porteur ou à ordre ne peut « pas, pour prouver l'existence de sa créance, invoquer son inscription. » L'argument n'est pas probant. Il semblerait, au contraire, assez naturel qu'une cédule au porteur ou à ordre forme elle-même titre au porteur ou à ordre, et fasse preuve de l'hypothèque. Les titres fonciers suisses (C.C.S., art. 875 et ss.) émis en série sous forme de cédulès et lettres de rente, répondent à cette idée et paraissent très pratiques. Ici, comme en plusieurs endroits, le législateur allemand a sacrifié la simplicité pratique à des considérations théoriques. La preuve s'en trouve dans la note des commentateurs (1) : « Ces hypothèques, bien que n'étant que des hypothèques de « garantie, et par conséquent sans cédule, se rapprochent beaucoup, « ainsi qu'on l'a fait remarquer dans la seconde Commission, des cédulès « hypothécaires, car la cédule, comme les titres à ordre ou au porteur, « est un papier-valeur. En ce qui concerne les exceptions opposables, la « ressemblance est encore absolue, pour la même raison. » Une si grande ressemblance aurait pu conduire à une assimilation complète.

1052. L'hypothèque de garantie allemande naît d'un acte unilatéral : la déclaration du propriétaire au bureau foncier, par laquelle il déclare constituer l'hypothèque, et qui suffit (C.C.A., art. 1188).

1053. Pour cette sorte d'hypothèque, on peut (C.C.A., art. 1189) nommer un représentant du créancier, inscrit au Livre foncier ; cette disposition se rapproche de celle de l'article 860 C.C.S., relatif au fondé de pouvoirs inscrit au Registre foncier, pour les cédulès et les lettres de rente.

1054. A côté de cette hypothèque de garantie, le Code allemand, au lieu de donner le choix, comme le fait très pratiquement le Code suisse, entre l'hypothèque ordinaire et l'hypothèque avec cédulès, n'admet qu'une sorte d'hypothèque, l'hypothèque ordinaire, qui *peut* donner lieu à la délivrance d'une cédule. Mais il peut être convenu qu'il ne sera pas délivré de cédule (C.C.A., art. 1166). Donc, en principe, l'hypothèque est avec cédule (*Briefhypothek*), et c'est par exception que la cédule peut être prohibée (*Buchhypothek*). Dans le premier projet, c'était l'inverse ; il fallait une convention spéciale pour autoriser la délivrance d'une cédule.

1055. En somme, le système suisse est mieux tranché, mais le système allemand est commode, lui aussi.

1056. Quant au mode de transfert des hypothèques avec cédule, là

(1) C.C.A., Trad. Comité de lég. étrang., art. 1187, note 1.

encore, le système allemand est moins simple que le système suisse, avec ses cédules et ses lettres de rente transmissibles au porteur ou par voie d'endossement. En effet, aux termes de l'article 1154 C.C.A. : « Pour « la cession de la créance, il faut une déclaration de cession faite par écrit, « et la remise de la cédule hypothécaire. » C'est une dérogation à l'article 398 C.C.A. qui n'exige pas, en général, pour les cessions de créance, un acte écrit. Etant donné que, d'après les termes de l'article 1153 C.C.A., l'hypothèque ne peut être transmise sans la créance, ni la créance sans l'hypothèque et que la créance est le droit principal, il en résulte que c'est la cession de la créance qui est soumise par l'article 1154 à des formes particulières.

1057. La déclaration de cession doit être faite par écrit; un sous-seing privé suffit, contrairement à ce que décidait le premier projet, qui, dans son article 1112, § 1, 1^o, exigeait un acte authentique. L'écrit peut être remplacé par l'inscription de la cession au Livre foncier (C.C.A., art. 1154, al. 3). La remise de la cédule est nécessaire pour la cession; cette remise matérielle peut être remplacée par un constitut possessoire, ou par la cession de l'action en restitution contre le tiers qui possède la cédule (cf. C.C.A., art. 929, 930, 931), ou encore, si elle est restée au bureau foncier, par l'autorisation donnée au créancier de se la faire délivrer par le bureau (C.C.A., art. 1117).

1058. Pour la dette foncière allemande, et pour la rente foncière, qui en est un sous-genre, il est possible de créer une cédule au porteur (C.C.A., art. 1195). Cette cédule est régie par les dispositions relatives aux obligations au porteur. Ici, la cession a lieu, non plus d'après les règles de l'article 1154 C.C.A., mais par la tradition de la cédule.

1059. En somme, et nous le remarquons encore une fois à propos de la circulation des cédules, le législateur allemand a été gêné par la nécessité de ne pas heurter trop les traditions juridiques des Etats de l'Empire, et aussi par le souci de ne pas abandonner les conceptions théoriques de la doctrine. Le législateur suisse, grâce à l'esprit de sacrifice remarquable dont ont fait preuve les cantons, a pu réaliser une œuvre tout à fait pratique et une organisation suffisamment souple pour s'adapter à toutes les situations, en conservant l'hypothèque traditionnelle de l'ancien droit, peu destinée à circuler, en organisant la cédule hypothécaire et la lettre de rente, qui peuvent être adaptées aux besoins de la circulation la plus intense, particulièrement sous la forme de titres émis en série, que nous retrouverons plus loin.

1060. Revenant au Code civil suisse, nous trouvons l'article 861

C.C.S. (1). Il en résulte que, sauf convention contraire, le paiement, même pour les titres hypothécaires au porteur, se fait au domicile du créancier. En règle générale, en Suisse, le lieu du paiement d'une somme d'argent est le domicile du créancier (C.O., art. 74, n° 1). Cependant (2), pour les effets du commerce, les carnets de caisse d'épargne, c'est au domicile du débiteur que, en règle, doit se faire le paiement. Et, en principe (3), les dettes au porteur sont quérables.

1061. En France, en règle générale, le paiement doit se faire au domicile du débiteur (C.C.F., art. 1247, al. 2).

1062. En Allemagne, suivant les principes généraux, l'exécution de toute prestation doit se faire au lieu où le débiteur était domicilié lors de la naissance de la dette (C.C.A., art. 269); mais, s'il s'agit d'espèces, contrairement à la règle française, le débiteur doit les faire parvenir à ses frais et à ses risques au domicile du créancier (C.C.A., art. 270).

1063. En Suisse, pour les titres hypothécaires, lorsqu'ils sont au porteur, il semblerait qu'ils dussent être payables au domicile du débiteur, puisque, le titre étant au porteur, le porteur peut être inconnu. En réalité, comme le font observer MM. Rossel et Mentha (4), ces sortes de titres n'auront jamais la mobilité des titres industriels ou financiers, ils ne circuleront guère au loin, et le porteur ne manquera pas de se faire connaître au débiteur.

1064. Cependant, pour prévoir le cas où le créancier demeurerait inconnu, l'alinéa 2 de l'article 861 C.C.S. a pris les mesures nécessaires. Il en est de même pour le cas où le créancier viendrait à changer de domicile d'une manière préjudiciable aux intérêts du débiteur. En posant la règle, en somme rigoureuse pour le débiteur, que le paiement doit se faire au domicile du créancier, la loi a voulu prévoir aussi le cas où le créancier abuserait de la situation en changeant de domicile dans des conditions qui rendraient le paiement trop difficile ou trop onéreux.

1065. De même, en Allemagne, en pareil cas, le créancier doit supporter l'augmentation des frais et des risques (C.C.A., art. 270).

1066. Il est vrai qu'en Suisse, comme le font remarquer MM. Rossel et Mentha (5), s'il s'agit du paiement du capital, la consignation prévue

(1) C.C.S., art. 861 : « A moins que le contraire ne résulte du titre, le débiteur est tenu de faire tous ses paiements au domicile du créancier, même si le titre est au porteur. »

« Si le créancier n'a pas de domicile connu ou s'il change de domicile d'une manière préjudiciable au débiteur, ce dernier peut se libérer en consignat à son propre domicile ou au domicile antérieur du créancier, entre

les mains de l'autorité compétente.

« Lorsque le titre est muni de coupons le paiement des intérêts ne se fait qu'au porteur des coupons. »

(2) Rossel et Mentha, III, p. 112.

(3) Rossel et Mentha, II, p. 275.

(4) Rossel et Mentha, II, p. 275.

(5) *Ibid.*

par l'article 861, alinéa 2, si elle libère le débiteur, est loin de lui donner les divers avantages auxquels il a droit. Il a intérêt à recouvrer son titre, par exemple pour le négociier de nouveau (C.C.S., art. 873 et 863, al. 3); pour faire radier l'inscription, il doit produire le titre, sinon obtenir un jugement annulant le titre (C.C.S., art. 965. Ordonnance sur le Registre foncier, art. 61, al. 3 et art. 64). Pour éviter les risques de retards, les difficultés, les frais de procédures et jugements, nécessaires dans le cas où le créancier ne peut être trouvé, ou se trouve trop loin, ou ne restitue pas volontairement le titre, MM. Rossel et Mentha (1) conseillent très sagement d'user de la faculté donnée par l'article 860 C.C.S. et de laisser la cédule ou la lettre de rente déposée dans une banque désignée comme fondée de pouvoirs. Il en résultera sans doute une gêne au point de vue de la mobilité des titres, et il pourra encore y avoir des difficultés dans le cas où le créancier s'opposera à la remise du titre, mais, du moins, le débiteur ne risquera pas de se heurter à son inertie et à sa mauvaise volonté passive.

1067. Lorsque le titre est muni de coupons, l'alinéa 3 de l'article 861 C.C.S. oblige le débiteur à attendre la présentation du coupon; la consignation ne suffirait donc pas à le libérer. Il sera, du reste, libéré par la prescription, qui, en ce cas, est de cinq ans (C.O., art. 128, n° 1); il est même déchargé, au bout de trois à quatre ans (C.C.S., art. 818, n° 3), s'il n'est tenu que comme tiers-détenteur, et non personnellement.

1068. Lorsqu'il n'y a pas de coupons représentant les intérêts ou annuités, la situation est réglée par l'article 862 C.C.S. (2). Le débiteur était obligé de faire ses paiements au domicile du créancier (art. 861, al. 1); le texte l'autorise à payer entre les mains de l'ancien créancier, tant qu'il n'est pas avisé du transfert de la créance, même si le titre est au porteur. Là encore, la désignation d'un fondé de pouvoirs sera très utile (art. 860 C.C.S.). L'alinéa 2 de l'article 862 ajoute que le paiement du capital, en tout ou en partie, ne peut être fait qu'entre les mains de celui qui s'est légitimé comme créancier lors du paiement (cf. C.C.S., art. 873); cela va de soi, et résultait déjà de l'article 861. Il eût été préférable de réunir en un seul article les alinéas 1 et 2 de l'article 861, avec l'alinéa 2 de l'article 862, et en un autre article les alinéas 3 de l'article 861 et 1 de l'article 862.

(1) Rossel et Mentha, II, p. 275.

(2) C.C.S., art. 862 : « Le débiteur peut, tant qu'il n'a pas été avisé d'un transfert de la créance, et même si le titre est au porteur, payer à l'ancien créancier les intérêts

et annuités pour lesquels il n'existe pas de coupons.

« Néanmoins, le remboursement de tout ou partie du capital ne peut être fait valablement qu'entre les mains de celui qui s'est légitimé comme créancier lors du paiement. »

1069. Nous examinerons ensemble les dispositions des articles 863 et 864 C.C.S. (1). Les dispositions de l'article 864 se retrouvent, en termes presque identiques, dans l'article 64, alinéa 1 de l'Ordonnance sur le Registre foncier. Ce dernier texte indique, en outre, de quelle manière matérielle s'opère la cancellation du titre prévue par l'article 864. Le titre sera incisé ou perforé, la radiation y sera mentionnée et cette mention sera datée et signée par le conservateur. La rigueur de ces dispositions, et l'insistance de l'autorité à exiger que le titre soit mis visiblement hors d'usage, se comprennent fort bien : un titre qui ne correspond plus à aucune inscription n'en conserve pas moins l'apparence d'un titre régulier, et un tiers non averti pourrait s'y fier, sans que rien lui révèle la disparition du gage, alors surtout que la créance est incorporée dans le titre. Même annulé judiciairement, le titre conserve ses apparences de validité par lesquelles un tiers peut être trompé; il est vrai que ce danger peut être atténué si les cantons prescrivent la tenue d'un registre des jugements d'annulation, ou s'il est établi un système de publicité analogue à celui qui est établi pour les cas de perte ou de vol (cf. C.C.S., art. 870; C.O., art. 849 à 858).

1070. L'article 863, alinéa 1 autorise le débiteur rentré en possession du titre, à laisser subsister l'inscription, et à négocier de nouveau le titre, ou bien à faire radier l'inscription, ce qui exige la cancellation du titre.

1071. Si le débiteur laisse subsister l'inscription et veut négocier de nouveau le titre, nous pensons, avec MM. Rossel et Mentha (2), que, lorsqu'il s'agit d'un titre transmissible par endossement, il faut que le créancier l'endosse au débiteur qui pourra le réendosser à un nouveau créancier, sinon il y aurait une lacune dans les endossements. Peut-être, cependant, les termes de l'article 863 permettraient-ils d'admettre que le titre soit revêtu d'une quittance au nom du débiteur, suivie d'un endossement du nouveau créancier; le texte n'exige, en effet qu'une rentrée régulière du titre en la possession du débiteur.

1072. Il n'arrivera pas souvent que le débiteur ait intérêt à laisser subsister l'inscription lorsque le créancier ne renonce qu'à son gage et non à sa créance. On peut cependant supposer une caution réelle qui a délivré une cédula, et qui devient grevée de la dette personnelle, par voie

(1) C.C.S., art. 863 : « S'il n'y a pas de créancier ou si le créancier renonce à son gage, le débiteur peut, à son choix, faire radier l'inscription ou la laisser subsister.

« Il peut négocier de nouveau le titre rentré en sa possession. »

Art. 864 : « L'inscription de la cédula hypothécaire et de la lettre de rente ne peut être radiée qu'après la cancellation ou l'annulation judiciaire du titre. »

(2) Rossel et Mentha, II, p. 277.

de succession, par exemple; en ce cas, le créancier peut renoncer à son gage en rendant la cédula et en conservant sa créance personnelle; le débiteur pourra faire circuler de nouveau la cédula.

1073. Quand le créancier renonce seulement à son gage et conserve la créance personnelle, si le débiteur veut faire radier l'inscription, cette opération exigera la remise du titre et sa cancellation (1). Il faudra donc que la créance personnelle fasse l'objet d'une nouvelle reconnaissance.

1074. La formalité de la cancellation ne se prête pas à une renonciation partielle au gage avec radiation de l'inscription portant sur les immeubles libérés; il faut, pour cela, la délivrance d'un nouveau titre portant sur les immeubles restant engagés.

1075. Les articles 865 et 866 C.C.S. (2) indiquent quelle est la foi due au titre de la cédula ou de la lettre de rente, et à leur inscription au Registre foncier. MM. Rossel et Mentha (3), avec raison, pensent que l'article 865 « concerne avant tout, non point l'acquéreur d'une cédula hypothécaire ou d'une lettre de rente, acquéreur qui se fondera plutôt sur « le titre, mais soit l'acquéreur de l'immeuble, soit les créanciers garantis « par des gages postérieurs; le porteur du titre, ne peut faire valoir sa « créance contre ces tiers que dans la mesure où cette créance se trouve « consacrée par les énonciations du Registre, puisqu'ils n'en ont connais- « sance que par là. »

1076. L'article 866, au contraire, concerne plutôt l'acquéreur du titre, ou celui à qui il est remis en gage. Il a le droit de s'en rapporter aux énonciations du titre; mais il faut pour cela qu'il soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il faut que l'on ne puisse pas prouver que, par ailleurs, il connaissait la situation véritable. Nous avons déjà dit qu'à notre avis (4) le tiers porteur est de bonne foi quand il a reçu la cédula, non pas à titre de dépôt, ni avec défense de s'en servir, mais purement et simplement, et quand même il a été averti que le prêteur n'avait pas réalisé intégralement le prêt. En effet, d'une part, le contrat de prêt n'est pas, comme en France, un contrat réel n'existant que par la remise de l'objet prêté (C.C.F., art. 1892); il est, en Suisse, comme la vente, un contrat simplement générateur d'obligations (C.O., art. 312). En outre, et ceci suffit, la cédula peut garantir une créance même future, même simplement

(1) Rossel et Mentha, II, p. 278. Voir art. 863, al. 2.

(2) C.C.S., art. 865 : « La teneur de l'inscription fait règle, pour la cédula hypothécaire ou la lettre de rente, à l'égard de toute personne qui s'en est rapportée de bonne foi aux énonciations du Registre. »

Art. 866 : « La teneur de la cédula hypothécaire ou de la lettre de rente dressée en due forme fait règle à l'égard de toute personne qui s'en est rapportée de bonne foi aux énonciations du titre. »

(3) Rossel et Mentha, II, p. 278.

(4) *Suprà*, 1030.

possible. Le tiers-porteur est donc de bonne foi quand il reçoit purement et simplement la cédule avec droit de s'en servir, même s'il sait que, le prêt n'étant pas entièrement réalisé, il y aura compte à faire et restitution à opérer par le prêteur si le propriétaire est obligé de payer intégralement la cédule. Naturellement, le tiers-porteur sera de mauvaise foi, même ayant reçu du prêteur la cédule avec droit de s'en servir, lorsqu'il savait par ailleurs que le prêteur ne devait la mettre en circulation qu'après la réalisation intégrale du prêt.

1077. Il peut arriver que les énonciations du titre et celles de l'inscription ne soient pas identiques. En ce cas, la difficulté est tranchée par l'article 867 C.C.S. (1). Il sera rare que, dès l'origine, le titre diffère de l'inscription. Ce sera plus tard que des divergences pourront se produire si, contrairement aux dispositions de l'article 874, alinéa 2, le conservateur omet de mentionner sur le titre les modifications apportées à l'inscription. En ce cas, c'est le Registre foncier qui fera foi; mais alors, comme il y a négligence de la part du fonctionnaire, le canton sera responsable, ce qui est l'application du droit commun (C.C.S., art. 955).

1078. Naturellement (2), la préférence attribuée au Registre foncier par la loi ne signifie nullement qu'un créancier, ou tout autre, pourra se prévaloir du Registre pour refuser de tenir compte des mentions portées sur le titre. Si, par exemple, le titre mentionne un acompte payé non porté sur l'inscription, le créancier ou le gagiste à qui le titre a été remis doit en tenir compte. Cette solution n'est pas en contradiction, malgré les apparences, avec l'article 867; elle se fonde sur les principes relatifs à la bonne foi, qui s'apprécie en fait.

1079. Il est intéressant de comparer les dispositions des articles 865, 866 et 867 C.C.S. non pas avec la loi française, qui ne présente rien d'analogue, mais avec le Droit antérieur suisse et avec le Droit allemand.

1080. Nous avons vu que, en matière de cédule et de lettre de rente, la foi publique, dans le système du Code suisse, s'étend, non seulement au droit de gage, mais aussi à la créance (3). Il en était de même dans le système du Code zurichois (art. 390). Au contraire, dans diverses législations cantonales suisses, dans l'ancien droit prussien, et dans le Code civil allemand (art. 1138), la foi publique ne s'étend qu'au droit de gage

(1) C.C.S., art. 867 : « Le Registre foncier fait foi, lorsque la teneur de la cédule hypothécaire ou de la lettre de rente n'est pas conforme à l'inscription, ou lorsqu'il n'existe pas d'inscription.

« L'acquéreur de bonne foi du titre a droit,

selon les règles établies pour le Registre foncier, à la réparation du dommage qu'il a subi. »

(2) Rossel et Mentha, II, p. 279.

(3) Wieland, art. 866, n° 1.

et, en outre, à la créance, mais seulement dans la mesure où elle est garantie par le gage. La jurisprudence bernoise était dans le même sens ⁽¹⁾.

1081. Dans le Code allemand, le Comité français de législation étrangère ⁽²⁾ explique que « de soi, le principe de la force probante du Livre foncier (art. 891 à 899 C.C.S.) ne s'applique qu'au droit réel ». Le texte de l'article 1138 C.C.A. paraît appliquer le principe de la force probante du Livre foncier à la créance elle-même, mais ⁽³⁾ « il va de soi que cette disposition ne s'applique que dans la mesure où le créancier se prévaut de l'hypothèque, ou, si l'on veut, de l'action tendant à obtenir paiement sur l'immeuble; elle ne saurait s'appliquer au rapport personnel d'obligation, au cas, par exemple, où le créancier prétend se faire payer sur d'autres choses que sur l'immeuble hypothéqué; aucune présomption légale, tirée de l'inscription au Livre foncier, ne peut alors être invoquée ».

1082. La divergence entre les législations suisse et allemande est moins importante en réalité qu'en apparence. A notre avis, l'article 1138 C.C.A. ressemble de fort près aux articles 865 et 866 C.C.S. Tel qu'il se lit littéralement, il étend le principe de la foi publique à la créance elle-même; si les commentateurs restreignent avec raison la foi publique, et ne l'appliquent pas lorsqu'il s'agit des rapports personnels d'obligation entre les parties, il nous paraît qu'il faut restreindre de même la portée des articles 865 et 866 C.C.S.; lorsqu'un créancier personnel, qui a une cédula hypothécaire, exerce son droit personnel en saisissant d'autres biens que les biens grevés de la cédula, nous ne pensons pas que le principe de la foi publique puisse être invoqué en ce cas.

1083. Du reste, les règles générales sur le dol, la fraude, la mauvaise foi, la responsabilité des délits et des actes illicites, sans même compter la règle de l'article 2 C.C.S. sur l'abus du droit, permettront de trancher la question en fait, d'après les circonstances de la cause.

1084. Il résulte des articles 868 et 869 C.C.S. ⁽⁴⁾ que la cédula hypothécaire et la lettre de rente sont des papiers-valeurs, incorporant la créance qui ne peut être exercée sans ce titre; c'est à cet égard surtout qu'il faut étendre la foi publique à la créance elle-même.

(1) Wieland, *ibid.* Berne, 24 avril 1878 et 25 juillet 1883.

(2) C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang., art. 1138, note.

(3) *Ibid.*

(4) C.C.S., art. 868 : « La créance au porteur ou nominative que constate une cédula hypothécaire ou une lettre de rente ne peut être ni aliénée, ni donnée en gage, ni faire l'objet de quelque autre disposition, si ce n'est au moyen du titre.

« Demeure réservée la faculté de faire valoir la créance en cas d'annulation judiciaire du titre ou lorsque le titre n'a pas encore été dressé. »

Art. 869 : « La remise du titre est nécessaire, dans tous les cas, pour le transfert de la créance constatée par une cédula hypothécaire ou une lettre de rente.

« Si le titre est nominatif, mention y est faite du transfert opéré et du nom de l'acquéreur. »

1085. Comme nous l'avons dit, nous croyons que ces papiers-valeurs n'auront pas la mobilité des actions et obligations financières et industrielles, sauf cependant, peut-être, lorsqu'il s'agira des titres émis en série, que nous retrouverons ⁽¹⁾.

1086. Il est à remarquer ⁽²⁾ que, lorsqu'il s'agit de titres transmissibles par endossement, les endossements ne figurent que sur le titre et n'ont pas à être mentionnés au Registre foncier, ce qui est plus simple, mais peut-être regrettable, le propriétaire ayant intérêt à connaître le titulaire de la créance.

1087. Le porteur du titre nominatif n'est *légitimé* que par une série ininterrompue d'endossements, comme nous l'avons vu en Droit français pour les titres hypothécaires à ordre ⁽³⁾. Selon M. Wieland ⁽⁴⁾ « la suite « apparente des déclarations de transfert suffit. Peu importe leur date, « ou que l'une des signatures soit fausse ou provienne d'une personne non « autorisée à disposer du titre ». Le Code civil allemand est plus rigoureux; l'article 1155 C.C.A. ne permet d'invoquer la foi due au Livre foncier (C.C.A., art. 891 à 899), que dans le cas où les déclarations de cession, exigées par l'article 1155 C.C.A. sont certifiées authentiquement ⁽⁵⁾.

1088. Les deux systèmes suisse et allemand sont conformes à la théorie générale des hypothèques dans les deux législations, la législation allemande ayant conservé à l'hypothèque une grande part de son caractère traditionnel, tandis que la législation suisse a cherché à organiser un régime hypothécaire plus simple, plus pratique, permettant une mobilisation du sol plus facile, et, dès lors, a cherché à rendre « incontestable » la situation de celui qui, de bonne foi, s'est fié aux apparences. Il faut, du reste, noter qu'en Allemagne, si la cédula ne peut être transférée qu'avec une déclaration écrite de cession (C.C.A., art. 1154), la dette foncière, par contre, peut être créée au porteur (C.C.A., art. 1195). En outre, l'article 1188 C.C.A. permet de constituer une hypothèque garantissant une obligation au porteur.

§ 2. *Annulation du titre.*

1089. En cas de perte du titre, ou de coupons, il faut pouvoir les annuler. Le cas est prévu par l'article 870 C.C.S. ⁽⁶⁾. Non seulement le texte

(1) *Infra*, n^{os} 1113 et ss.

(2) Rossel et Mentha, II, p. 280.

(3) Cf. Planiol, II, n^o 2671.

(4) Wieland, art. 868, n^o 3 et les références.

(5) Cf. la disposition facultative de l'art. 403 C.C.A., pour les cessions de créances ordinaires.

(6) C.C.S., art. 870 : « Lorsqu'un titre ou des coupons sont perdus, ou qu'ils ont été détruits sans intention d'éteindre la dette, le créancier peut en faire prononcer l'annulation par le juge et demander le paiement ou, si la créance n'est pas encore exigible, la délivrance d'un titre ou de coupons nouveaux.

prévoit le cas de perte, mais aussi le cas où le titre ou les coupons ont été détruits sans intention d'éteindre la dette. La nécessité de cette disposition s'impose notamment à cause des articles 868 et 869 C.C.S. qui exigent la remise du titre pour tout acte de disposition.

1090. En France, la péremption décennale des inscriptions permet souvent de se dispenser de recourir à des règles telles que celles du Code suisse, pour demander l'annulation du titre et la radiation de l'inscription par voie judiciaire, notamment par la procédure des articles 2157 et ss. C.C.F. Mais, en Suisse, les dispositions de l'article 870, et celles de l'article 871 (1) C.C.S. sont d'autant plus nécessaires qu'aux termes de l'article 807 C.C.S., l'inscription d'un gage immobilier rend la créance imprescriptible.

1091. En Allemagne, l'article 1170 C.C.A. contient une disposition qui ressemble à l'article 871 C.C.S. Il donne au juge la *faculté* de déclarer le créancier forclos, de sorte que le juge refusera de prononcer cette conclusion si les circonstances permettent de croire que la créance existe encore. L'article 871 C.C.S. donne au juge le même pouvoir d'appréciation, en termes plus explicites, et en lui imposant le devoir de procéder à une enquête. MM. Rossel et Mentha (2) voient, entre les alinéas 1 et 2 de notre article, une contradiction les rendant difficilement conciliables. L'alinéa 1 exige qu'une sommation soit faite au créancier inconnu, et l'alinéa 2 exige, pour la radiation, que l'enquête ait prouvé que la dette n'existe plus. Selon les auteurs, dont l'opinion est bien fondée, il vaudrait mieux autoriser le juge à prononcer la radiation « à moins qu'il ne résulte de l'enquête que, vraisemblablement, la dette (ou plutôt la « créance), existe encore au profit d'une personne déterminée ». La pratique consacrera probablement l'opinion de MM. Rossel et Mentha, c'est-à-dire renversera la preuve à faire par enquête.

§ 3. *Exceptions accordées au débiteur.*

1092. L'article 872 C.C.S. (3) indique quelles sont les exceptions

« L'annulation a lieu de la manière prescrite pour les titres au porteur; le délai d'opposition est d'une année.

« Le débiteur a pareillement le droit de faire prononcer l'annulation d'un titre acquitté qui ne peut être représenté. »

(1) C.C.S., art. 871 : « Lorsque le créancier d'une cédula hypothécaire ou d'une lettre de rente est resté inconnu pendant dix ans et que les intérêts n'ont pas été réclamés durant cette période, le propriétaire de l'immeuble grevé a le droit de s'adresser au juge, qui somme publiquement, comme en ma-

tière d'absence, le créancier de se faire connaître.

« Si le créancier ne se fait pas connaître et s'il résulte de l'enquête que, selon toute vraisemblance, la dette n'existe plus, le juge prononce l'annulation du titre et la case hypothécaire devient libre. »

(2) Rossel et Mentha, II, p. 283.

(3) C.C.S., art. 872 : « Le débiteur ne peut faire valoir que les exceptions dérivant de l'inscription ou du titre et celles qu'il a personnellement contre le créancier poursuivant. »

que le débiteur peut faire valoir contre la cédula hypothécaire ou la lettre de rente. Ce texte ne souffrira aucune difficulté, si le conservateur n'a commis aucune négligence, si les annotations portées sur le titre sont conformes aux indications du Registre, si, sur le titre et sur le Registre, elles sont complètes et conformes à la réalité.

1093. Il suffit, du reste, que les modifications soient portées sur le titre, car, en ce cas, le créancier ne peut faire valoir le titre que tel qu'il est, avec les renseignements qui y figurent (1). Le débiteur agira, du reste, sagement en faisant mentionner toute modification au Registre foncier.

1094. Lorsque le créancier poursuivant est, en même temps, le créancier originaire, à qui le titre a été remis par le débiteur, celui-ci pourra lui opposer (2) :

a) « toutes les exceptions dérivant de la cause juridique de cette « remise; erreur, dol, crainte fondée, lésion, simulation, etc.

b) « toutes les exceptions dérivant de faits postérieurs à la tradition « du titre; paiement total ou partiel, remise totale ou partielle, compensation, si les conditions en sont d'ailleurs données. »

1095. Mais, s'il s'agit d'un créancier qui a acquis le titre postérieurement, le débiteur peut bien lui opposer les exceptions qui résultent de ses relations personnelles avec lui : paiement, remise de dette, compensation. Par contre, il ne peut lui opposer les exceptions qu'il avait contre les créanciers antérieurs, sauf dans le cas où le créancier poursuivant n'est pas de bonne foi, c'est-à-dire s'il est démontré qu'il connaissait la situation véritable, ou qu'il a négligé de la connaître en ne prenant pas les précautions qu'il devait prendre, en n'apportant pas l'attention qu'il devait apporter. A propos de l'hypothèse d'un prêt non entièrement réalisé, nous avons déjà dit (3) qu'à notre avis, le propriétaire ne peut opposer au titulaire du titre l'exception de mauvaise foi, lorsque le titulaire a reçu régulièrement le titre du titulaire antérieur, avec le droit de s'en servir, croyant de bonne foi que le titulaire antérieur du titre l'avait reçu lui-même avec le droit de le transférer, quand même il saurait que le prêt n'a pas été entièrement réalisé.

1096. Dans l'intérêt du crédit immobilier, et en tenant compte de ce que l'intérêt général du crédit est plus important que celui de parties qui ne surveillent pas avec une attention suffisante leur situation, il faut espérer que la pratique suisse se montrera très exigeante pour la preuve de la mauvaise foi ou de la négligence du porteur. Mieux vaut sacrifier

(1) Rossel et Mentha, II, p. 284.

(2) *Ibid.*, p. 285.

(3) *Suprà*, n° 1030 et n° 1076.

nn propriétaire négligent et favoriser les autres propriétaires qui trouveront du crédit plus facilement quand il sera bien établi que le titre de gage présente une garantie sûre et incontestable.

§ 4. *Remise du titre en cas de paiement total.*

1097. Quand le débiteur a payé, il peut exiger du créancier la remise du titre. C'est ce que dit l'article 873 C.C.S. (1). Alors, le débiteur pourra faire radier l'inscription, avec cancellation du titre (C.C.S., art. 863, al. 1). Surtout, il peut le négocier de nouveau (C.C.S., art. 863, al. 2). Si l'on veut arriver à ce résultat que la cédule hypothécaire ou la lettre de rente produise le résultat qu'en attend le législateur, qui est de mobiliser le crédit immobilier, il faut que le débiteur, sans nouvelles formalités, sans nouveaux frais, puisse négocier de nouveau le titre. Le créancier qui commettrait l'imprudence de détruire le titre s'exposerait à des dommages-intérêts, dont le montant couvrirait les frais de confection d'un nouveau titre, et même les retards pour la négociation d'un nouveau prêt, et même davantage suivant les circonstances, à moins que, l'inscription ne subsistant, le conservateur ne puisse délivrer, sans qu'il y ait retard ni dommage, un titre de remplacement, comme le permet l'article 64, alinéa 3 de l'Ordonnance sur le Registre foncier (2).

1098. C'est là un cas où le propriétaire a hypothèque sur lui-même ; il a en mains le titre au porteur, ou bien le titre nominatif endossé à son nom. Il se trouve donc, pour négocier le titre, dans la même situation que s'il était un créancier qui le transfère. Sa personnalité juridique est, en quelque sorte, dédoublée : d'une part il est porteur ou titulaire du titre, et, d'autre part, il est débiteur hypothécaire.

1099. Dans le Droit allemand (3), les cas dans lesquels le propriétaire a hypothèque sur son propre fonds sont les suivants :

« 1^o Lorsqu'une créance en vue de laquelle il a constitué hypothèque « n'est point née.

« 2^o Lorsqu'une créance, garantie par l'hypothèque, s'éteint, sauf « quelques exceptions (C.C.S., art. 1164 et 1181) (4).

« 3^o Lorsque le propriétaire, qui n'est pas débiteur personnel, « acquiert la créance ; c'est une simple conséquence du principe de « l'article 889 C.C.A.

(1) C.C.S., art. 873 : « Le débiteur qui paie la totalité de la dette peut exiger du créancier qu'il lui remette le titre non annulé. »

(2) Cf. Rossel et Mentha, II, p. 286.

(3) C.C.A. Trad. Comité de lég. étrang.

Livre III. Section VIII, note sous l'intitulé de la section.

(4) Les commentateurs ont omis de citer ici l'art. 1163, qui est le plus général.

« 4^o Lorsque la cédula n'a pas été remise au créancier (C.C.A., art. 1163, § 2).

« 5^o Lorsque le créancier renonce en tout ou en partie à son hypothèque (C.C.A., art. 1168).

« 6^o Lorsque le créancier inconnu a été forclos à la suite d'une procédure dure provocatoire (C.C.A., art. 1170).

« 7^o Lorsqu'un jugement en vertu duquel une hypothèque a été inscrite est annulé par un jugement définitif. »

1100. Parmi ces divers cas, celui qui se rapproche le plus du cas prévu par l'article 873 C.C.S. tel que l'interprètent MM. Rossel et Mentha, est celui prévu par l'article 1163 C.C.A., qui devrait figurer dans l'énumération ci-dessus sous le n^o 2 : « Si la créance s'éteint, le propriétaire acquiert l'hypothèque. » Le Code suisse ne parle pas d'acquisition de l'hypothèque par le propriétaire, et se borne à déclarer que le propriétaire a le droit d'exiger le titre. Le législateur allemand donne une importance considérable à l'hypothèque sur soi-même (*Eigenthümerhypothek*). Au fond, la notion d'hypothèque sur soi-même n'est pas nécessaire ici, pas plus que la notion de servitude de passage sur soi-même n'est nécessaire pour accorder à un propriétaire le droit de se promener dans son jardin; le législateur suisse, en donnant simplement au propriétaire le droit d'exiger la remise du titre a dit tout ce qu'il fallait dire; puisque, pour la cédula hypothécaire et la lettre de rente, la créance est représentée par le titre, la détention du titre par le propriétaire lui permet d'en user comme le ferait un tiers créancier hypothécaire.

1101. La notion de l'hypothèque sur soi-même est cependant nécessaire pour rendre compte de certaines situations; par exemple celle qui est prévue par l'article 1251, § 2 C.C.F. (subrogation au profit de l'acquéreur d'un bien qui emploie son prix au paiement des créanciers hypothécaires) ou par l'article 889 C.C.A. et le n^o 3 de l'énumération ci-dessus (tiers-détenteur ou caution réelle acquérant la créance). Elle n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit de titres à ordre ou au porteur, comme dans le cas prévu par l'article 873 C.C.S.

1102. Dans ce dernier cas, nous croyons que tout est complètement expliqué par la notion de l'incorporation de la créance dans le titre. Le titre représente une obligation personnelle (pour la cédula, non pour la lettre de rente) et une hypothèque ou créance hypothécaire, en quelque sorte matérialisées, qui peuvent circuler sous cette forme, et se trouver entre les mains de quiconque, et notamment entre celles du propriétaire du bien hypothéqué. Il est permis de dire qu'ici l'hypothèque, ou, pour

employer l'expression du Code civil suisse, le gage immobilier se confond avec sa preuve matérielle qui est le titre, lequel, comme un objet matériel, passe de main en main, entraînant avec lui le droit incorporel qu'il représente. Nous connaissons déjà un exemple célèbre de cette confusion entre un droit et la preuve de ce droit, c'est celui du contrat *litteris* des Institutes de Justinien, tel qu'il est considéré par l'opinion dominante⁽¹⁾ : l'obligation, rendue incontestable par l'expiration du délai de la *querela non numeratae pecuniae*, se trouve confondue avec l'écrit qui en est la preuve. Nous sentons bien que cette idée et ce rapprochement sont de nature à soulever des objections théoriques, mais nous rappelons qu'à notre avis, le Droit n'est pas une science de raisonnement abstrait, mais de pratique ; la justice, dont l'intervention effective ou possible sanctionne le Droit est pratiquement obligée de s'en rapporter aux apparences que présentent les preuves, de telle sorte que, fréquemment, les droits sont confondus avec leur preuve, comme l'admet le bon sens populaire quand il appelle bail l'écrit qui constate un louage, obligation l'écrit qui constate un prêt ; un notaire même, qui connaît bien, par sa profession, la distinction entre le contrat et sa preuve, appellera couramment vente, contrat de mariage, etc., les actes qui constatent ces contrats.

1103. Ainsi, c'est avec raison que l'article 873 C.C.S. ne parle pas d'hypothèque sur soi-même, et se borne à prévoir que la cédule hypothécaire ou la lettre de rente sera remise au propriétaire qui pourra les faire de nouveau circuler, alors que, théoriquement, et surtout pour la cédule qui suppose une obligation personnelle (C.C.S., art. 842), il n'y aurait plus de dette ni d'hypothèque, puisque le paiement, supposé par l'article 873, a éteint la dette et l'hypothèque qui en était l'accessoire.

§ 5. Modifications survenues à l'obligation ou à ses accessoires.

1104. L'article 874 C.C.S.⁽²⁾, toujours pour des motifs d'ordre pratique, et afin de rendre très simple le transfert du titre, donne au débiteur la faculté, mais non l'obligation, de faire mentionner au Registre foncier les modifications survenues à la cédule ou à la lettre de rente. Il

(1) Inst. de Justinien 3, 21. *De litt. oblig.* Cf. Gneist. *Die formellen Verträge*, pp. 319-410. — Contrà. Collinet : *Droit de Justinien : La litterarum obligatio*, p. 59. Voir Mitteis, *Grundzüge*, t. II, 1, p. 47-89. Cf. Girard. *Droit romain*, 5^e éd., p. 502.

(2) C.C.S., art. 874 : « Si des modifications se produisent, notamment si le débiteur paie un acompte ou s'il obtient un allègement de

la dette ou un dégrèvement, il a le droit de les faire inscrire au Registre foncier.

« Le conservateur doit mentionner ces modifications sur le titre.

« A défaut de mention, les modifications survenues ne sont pas opposables à l'acquéreur de bonne foi du titre, sauf pour les acomptes payés sous forme d'annuités. »

est facile de comprendre pourquoi cette mention est simplement facultative; le législateur n'a pas voulu entraver la circulation des titres par des démarches auprès du conservateur; cependant la mention obligatoire aurait eu l'avantage de faire connaître au débiteur quel est le titulaire.

1105. Naturellement, lorsqu'il s'agit de modifications touchant au droit de gage lui-même, elles devront nécessairement figurer au Registre foncier (cf. C.C.S., art. 801, al. 1); le bon sens l'indique, mais le texte aurait dû le décider expressément.

1106. D'autre part, l'alinéa 2 indique que toute modification mentionnée au Registre doit être portée sur le titre que, dès lors, le conservateur doit se faire représenter. Cette disposition est importante, car la responsabilité du canton est celle du conservateur sont engagées (C.C.S., art. 955).

1107. L'alinéa 3, quand il décide que les modifications non mentionnées ne sont pas opposables à l'acquéreur de bonne foi, est conforme à l'interprétation que l'on donne des articles 865, 866 et 867 C.C.S. (1). S'il s'agit d'acomptes payés sous forme d'annuités, le tiers-acquéreur est suffisamment averti par le caractère amortissable de l'obligation, que révélait le titre.

1108. Notons que l'arrêté du Conseil fédéral du 7 avril 1911, rectifiant des « erreurs de traduction dans le texte français du Code civil suisse (2) », déclare qu'il faut lire dans notre alinéa 3, art. 874 : « à défaut d'inscription », au lieu de « à défaut de mention ». Il est permis de se demander si le Conseil fédéral a qualité pour modifier un texte législatif original; en tous cas, c'est bien en ce sens que l'alinéa doit être modifié, s'il représente une conséquence de l'article 867, alinéa 2, qui donne la préférence au Registre foncier. Nous avons vu, cependant (3) que, en ce cas, les règles de la bonne foi arriveront pratiquement à rendre opposables au tiers-acquéreur les mentions portées sur le titre, même si elles ne figurent pas sur le Registre.

1109. L'alinéa 3 de l'article 874 C.C.S. a son correspectif dans l'article 1140 C.C.A., qui présente cependant de sérieuses différences avec le texte suisse. L'article 1140 C.C.A. est ainsi conçu (4) : « Lorsqu'il ressort « de la cédule hypothécaire, ou d'une mention qui s'y trouve portée, que « la teneur du Livre foncier est inexacte, on ne peut se prévaloir des dis-

(1) *Suprà*, n° 1075 et ss.

(2) M. Virgile Rossel (*Code civil suisse*, Payot, éd., Lausanne, p. 281, note) fait observer, avec raison, qu'il s'agit d'*errata*, et non d'*erreurs de traduction*, les textes français, allemand et italien du Code civil suisse

étant tous trois des textes originaux, et non des traductions.

(3) *Suprà*, n° 1078.

(4) C.C.A., Trad. Comité de lég. étrang. art. 1140.

« positions des articles 892 et 893. Le contredit contre la teneur du Livre « foncier qui ressort de la cédula, ou d'une mention portée sur la cédula, « équivalait à un contredit inscrit au Livre foncier. »

1110. Les articles 892 et 893 C.C.A. consacrent le principe de la force probante du Livre foncier (*öffentlicher Glaube*) ; or, ces textes sont écartés lorsque la cédula hypothécaire contredit le Livre foncier. En somme, la loi allemande donne, à cet égard, aux mentions portées sur la cédula une importance plus grande qu'à celle du Livre foncier, contrairement à ce que fait la loi suisse qui applique ici l'article 867, alinéa 2, C.C.S., tempéré, il est vrai, par les règles relatives à la bonne foi.

1111. Il est permis de se demander si le texte français de l'article 874, alinéa 3, C.C.S., qui déclarait non opposable à l'acquéreur de bonne foi les modifications qui n'avaient pas fait l'objet d'une « mention » ⁽¹⁾, ne représentait pas la véritable pensée des rédacteurs du Code suisse, pénétrés de l'idée qui avait inspiré l'article 1140 C.C.A., et si cette notion n'a pas été dénaturée par la rectification faite par le Conseil fédéral (arrêté du 7 avril 1911) qui a remplacé le mot *mention* par le mot *inscription*, pour appliquer le principe de l'article 867, alinéa 2 C.C.S.

1112. MM. Rossel et Mentha ⁽²⁾ rappellent, en outre, que l'Ordonnance sur le Registre foncier contient un article 68 dont l'alinéa 2 est ainsi conçu : « Les modifications résultant des inscriptions et des radiations opérées dans les autres divisions du Registre et qui influent sur le « droit de gage (telles que l'aliénation de l'immeuble, l'extinction de servitudes ou de charges foncières dépendant de l'immeuble grevé de « gage) doivent en outre être inscrites d'office sur le titre. » Il en résulte que « toutes les modifications de nature à déprécier ou modifier le droit de gage » doivent être inscrites d'office sur le titre. Les plus intéressantes, en pratique, seront la division de l'immeuble grevé, ou l'aliénation d'une partie de l'immeuble, à cause de la répartition de la garantie, car l'aliénation complète de l'immeuble est de peu d'intérêt pour les créanciers, dont la garantie reste identique à elle-même. Il en résulte la nécessité de représenter, en de nombreuses circonstances, le titre au conservateur, ce qui est une cause d'embarras et une gêne pour la libre circulation du titre. MM. Rossel et Mentha ⁽³⁾ reviennent, à ce propos, sur leur idée très juste, qu'il est utile de laisser le titre déposé dans une banque constituée fondée de pouvoirs du créancier conformément à

(1) Il s'agit d'une *mention sur le titre*, comme il ressort de l'alinéa 2. Cf. Rossel et Mentha, II, p. 288.

(2) Rossel et Mentha, II, p. 289.

(3) *Ibid.*

l'article 860 C.C.S. Ils estiment que la faculté donnée par cet article, deviendra, dans la pratique, une véritable nécessité. En somme, nous voyons, ici encore, que le titre hypothécaire à ordre ou au porteur, cédule ou lettre de rente, n'aura jamais la mobilité des valeurs commerciales ou industrielles, actions ou obligations.

CHAPITRE XIII

ÉMISSIONS DE TITRES FONCIERS

SECTION I. — Généralités.

1113. Le Code suisse a prévu une organisation propre à répandre dans le public les titres fonciers, et à leur donner encore plus de mobilité qu'aux cédules hypothécaires et aux lettres de rente.

1114. L'emprunt hypothécaire, sous sa forme traditionnelle, suppose un propriétaire ayant besoin de fonds, et voulant utiliser son crédit immobilier; il cherche et trouve un prêteur désireux de faire un placement bien garanti, et l'acte de prêt sur hypothèque est passé entre eux; en ce cas le notaire est simplement un témoin, ayant pouvoir de dresser l'acte authentique; les deux parties se sont cherchées et trouvées, chacune d'elle ayant considéré l'opération comme utile pour elle. Plus récemment — nous parlons de la pratique française — le capitaliste a cherché un placement hypothécaire, parce que, par exemple, il se défie des valeurs industrielles, ou parce qu'il veut partager sa fortune en la plaçant de diverses manières. Il s'adresse à un intermédiaire, un notaire par exemple. De même, le propriétaire ayant besoin de fonds pour mettre en meilleur état son exploitation agricole, ou pour tout autre motif, s'adresse aussi à un intermédiaire. Il s'établit ainsi, chez les notaires notamment, une centralisation d'offres et de demandes, de telle sorte que le prêt hypothécaire n'est plus un contrat entre parties qui se sont recherchées et trouvées personnellement, mais une opération financière opérée dans une sorte de petite Bourse des valeurs immobilières. De cette pratique est résultée une lourde responsabilité pour l'intermédiaire, notamment

pour le notaire, en matière de placements hypothécaires ⁽¹⁾. Mais, de la même pratique, est résultée une extension considérable du crédit immobilier. C'est à une tendance analogue qu'est dû, sans doute, le système suisse, et, avant lui, le système allemand, qui ont précisément cherché à rendre l'utilisation du crédit immobilier plus facile et plus maniable.

1115. Une fois l'idée en marche, il était naturel qu'elle se développât, et que des titres fonciers, gagés par une hypothèque, fussent offerts au public en général, sans même que l'emprunteur ait besoin de connaître le prêteur.

1116. En France, sans parler de la loi du 9 messidor an III qui ne fut appliquée qu'en partie, et même ne fut pas appliquée au point de vue de la mobilisation du sol par les cédules hypothécaires ⁽²⁾, la pratique, malgré un régime hypothécaire vieilli, a cherché et trouvé des moyens de mobiliser le crédit immobilier.

1117. D'abord il est possible de diviser une créance hypothécaire ordinaire, en général une créance sur une société industrielle ou commerciale, en plusieurs parts, dont chacune est mise en circulation sous forme d'une obligation au porteur ⁽³⁾.

1118. Ensuite, et surtout, le régime hypothécaire français connaît une forme de titres fonciers, extrêmement répandus depuis quelques années, et qui ont la même mobilité que les obligations commerciales ou industrielles; nous voulons parler des obligations foncières ou lettres de gage ⁽⁴⁾ du Crédit foncier de France.

1119. Le Crédit foncier, créé par le décret du 28 février 1852, et dont l'établissement se rattache aux grands travaux publics du baron Hausmann, servit d'abord, contrairement à son but ⁽⁵⁾, à construire de nombreuses maisons à Paris et dans diverses grandes villes, alors qu'il devait surtout favoriser la population rurale, en facilitant l'emprunt par un taux d'intérêt moins élevé et par le système de l'amortissement. Ses progrès furent longtemps retardés dans les campagnes par la résistance des notaires qu'il fallut intéresser aux placements.

1120. Le Crédit foncier ne peut consentir que des prêts sur première hypothèque, et à concurrence seulement de la moitié de la valeur de l'immeuble ⁽⁶⁾. Les précautions prises par le décret du 28 février 1884, et le soin avec lequel leur mise à exécution a été surveillée par le Crédit foncier,

(1) Voir Fuzier-Hermann, Carpentier et Frèrejouan du Saint. *Répertoire-Notaire*, nos 2327 et ss.

(2) Voir *suprà*, nos 704, 912, 981, 992 et 1044.

(3) Voir *Rép.* Fuzier-Hermann et Carpen-

tier. Sociétés commerciales, nos 2690 et ss. Cf. loi française du 1^{er} août 1893, art. 69.

(4) Terme employé par le décret du 28 février 1852.

(5) Voir Planiol, II, n° 2693.

(6) Décret du 28 février 1884, art. 6 et 7.

ont fait que cet établissement ne perd presque jamais rien sur ses placements, que son fonctionnement financier est excellent, ce qui lui donne à lui-même un crédit de premier ordre. Ce crédit est utilisé par lui, en faisant appel au public auquel il offre des « lettres de gage », ou, pour employer la terminologie actuellement en usage, des *obligations foncières* ⁽¹⁾ de faible valeur, 500 francs, 250 francs, ou des coupures d'obligations au porteur pouvant se négocier comme les obligations émises pour les emprunts des villes ou des compagnies de chemins de fer.

1121. Ainsi, il y a une double opération ⁽²⁾ : d'une part, un acte de prêt du Crédit foncier à tel ou tel propriétaire, d'autre part un emprunt par le Crédit foncier au public, constaté par les obligations foncières. M. Planiol ⁽³⁾ expose ainsi les avantages de cette organisation : « Ceux « qui achètent à la Bourse des obligations foncières sont donc en réalité « des *créanciers hypothécaires*. Seulement leur hypothèque ne porte pas « sur tel ou tel immeuble déterminé; *ils ont pour gage la masse des biens* « *sur lesquels la Société a prêté de l'argent*. Ces titres circulent donc avec « la garantie hypothécaire qui leur est indirectement, mais très efficace- « ment attachée. C'est bien là le *procédé le plus parfait de mobilisation du* « *crédit foncier* : si toute la dette hypothécaire de France était centralisée « dans des sociétés de ce genre, elle serait entièrement *fractionnée en* « *petits titres indépendants les uns des autres et faciles à négocier*. Ajoutons « que l'organisation est telle que le total des obligations en circulation « doit toujours être égal au montant des capitaux dus par les emprun- « teurs. Pour exprimer cet état de choses, on a pu dire que les obligations « foncières étaient *la monnaie de l'acte de prêt*. »

1122. « Le seul point faible est que la loi refuse toute action directe « aux porteurs de lettres de gage contre les emprunteurs; ils n'ont d'ac- « tion que contre la société (Decr. 28 février 1852, art. 17). De plus, une « part des intérêts payés par les emprunteurs reste aux mains de l'inter- « médiaire et ne profite pas aux capitalistes qui fournissent les fonds ⁽⁴⁾. »

1123. Peut-être y a-t-il quelque exagération à dire que les porteurs d'obligations sont, en réalité, des créanciers hypothécaires. Ce sont plutôt des créanciers chirographaires d'un débiteur dont l'avoir se compose de créances hypothécaires. En outre, les obligations foncières ne constituent pas véritablement un mode de mobilisation de Crédit foncier; ce qui est répandu dans le public, c'est le crédit personnel de la Société. Ces

(1) Décrets des 28 février 1852 et 31 déc. 1852.

(2) Planiol, II, n° 2672.

(3) *Ibid.*

(4) Planiol, II, note 1, sous n° 2672.

remarques, qui ne sont pas des critiques, n'enlèvent rien de la valeur des lignes que nous avons empruntées à M. Planiol, qui, au point de vue pratique, représentent bien la situation telle qu'elle est.

1124. En Suisse, le régime des titres fonciers ne ressemble pas absolument au système français des lettres de gage ou obligations foncières du Crédit foncier de France. Il ressemble plutôt à celui qui a été inventé par la pratique française, et qui consiste à émettre des obligations d'une société commerciale, obligations garanties par une hypothèque sur les immeubles de la Société ⁽¹⁾.

1125. Le droit commun suisse permet de constituer plusieurs gages immobiliers du même rang au profit de plusieurs créanciers. La pratique aurait certainement tiré de cette faculté une organisation ressemblant, dans une certaine mesure, à celle de la pratique française dont nous venons d'esquisser les grandes lignes. Mais, comme le dit M. Wieland ⁽²⁾, le Code civil suisse a rendu inutile cet effort, en organisant lui-même un système de nature à faciliter la circulation des titres émis en série.

1126. Le droit commun, qui permet de créer plusieurs gages immobiliers de même rang au profit de plusieurs créanciers, aurait conféré à chacun de ces créanciers un droit indépendant, pouvant être réalisé séparément, tandis que, dans le système organisé par les articles 875 à 883 C.C.S., le prêt est divisé en un certain nombre de parties (obligations, *Partialien*) représentées chacune par un titre « et l'ensemble des titres « constitue tout autant de parties d'une dette unique ⁽³⁾ ». Ici, les créances et les droits de gage ne peuvent être réalisés qu'en commun, c'est-à-dire du consentement de la totalité des créanciers, au moyen, par exemple, d'une décision prise à la majorité et acceptée d'avance par tous les créanciers, ou encore par l'intermédiaire d'un mandataire muni préalablement des pouvoirs nécessaires. Chaque intéressé n'a pas un droit individuel, et la réalisation s'effectuera simultanément pour tous les terrains engagés,

1127. Telle est, du moins l'interprétation que donne M. Wieland du système suisse. Si, comme il faut l'espérer, elle est admise par la jurisprudence, ce sera fort bien. Mais, comme le déclare le savant auteur, « la loi ne le dit pas expressément » et c'est fort regrettable. Les désignations de « titres en série » et d'« obligations foncières » ne sont pas une preuve absolue de la volonté du législateur en ce sens, non plus que

(1) Voir *Rép. Fuzier-Hermann et Carpentier. Sociétés commerciales* nos 2690 et ss.

(2) Wieland. Remarques préliminaires aux art. 875-883 C.C.S.

(3) Wieland, *ibid.*

l'article 15 de la loi suisse du 24 juin 1874 sur l'hypothèque et la liquidation forcée des chemins de fer aux termes duquel « tout emprunt, même lorsqu'il se divisera en obligations partielles, constitue une créance unique ». Il faut espérer que la jurisprudence adoptera rapidement l'interprétation de M. Wieland, ou que le législateur fixera ce point en retouchant son œuvre. Nous ajoutons, du reste que, non seulement l'interprétation de M. Wieland nous paraît désirable, mais nous pensons, avec lui, que c'est bien en ce sens qu'a entendu disposer le législateur.

1128. Avant la promulgation du Code civil suisse, les émissions d'obligations foncières n'étaient admises que dans les cantons de Genève (loi du 31 janvier 1857, sur les prêts hypothécaires par actions) et de Vaud (loi du 14 septembre 1897 sur les délégations hypothécaires, abrogée par la loi du 2 août 1911). A Zurich, après des hésitations de la part de la jurisprudence, elles étaient admises par la pratique ⁽¹⁾. A Berne, elles étaient interdites ⁽²⁾.

1129. Toujours d'accord avec M. Wieland ⁽³⁾, nous croyons que les *lettres de rente*, en particulier, ne circuleront facilement et n'auront un marché développé que lorsqu'elles seront émises en série, sous les formes prévues par les articles 875 à 883. Nous croyons aussi qu'un avenir économique important est réservé aux *lettres de gage* prévues par les articles 916 à 918 C.C.S.

SECTION II. — Obligations foncières.

1130. L'article 875 C.C.S. ⁽⁴⁾, dans ses deux alinéas, prévoit deux formes de titres.

1131. Tout d'abord, par l'alinéa 1, il permet la constitution d'une hypothèque ou d'une cédule hypothécaire pour la totalité de l'emprunt. C'est une hypothèque ou une cédule hypothécaire divisée en obligations nominatives ou au porteur, avec désignation d'un représentant des créanciers et du débiteur. Ce système se rapproche du système français des obligations hypothécaires d'une société.

1132. En outre, l'alinéa 2 de notre article prévoit la constitution

(1) Wieland. Rem. prélim. aux art. 875-883.
n° 1.

(2) *Ibid.*

(3) *Ibid.*

(4) C.C.S., art. 875 : « Des obligations nominatives ou au porteur peuvent être garanties par un gage immobilier :

1. En constituant une hypothèque ou une cédule hypothécaire pour la tota-

lité de l'emprunt et en désignant un représentant des créanciers et du débiteur ;

2. En constituant un gage immobilier pour la totalité de l'emprunt au profit de l'établissement chargé de l'émission et en grevant la créance ainsi garantie d'un gage en faveur des obligataires. »

d'un droit de gage, en garantie de la totalité de l'emprunt, au profit de l'établissement d'émission, et d'un droit de gage sur l'hypothèque en faveur des obligataires. C'est M. Wieland ⁽¹⁾ qui parle ici d'un droit de gage sur l'hypothèque. S'il s'agit vraiment d'un droit de gage sur l'hypothèque, ce serait contraire au principe français moderne qui prohibe l'hypothèque sur l'hypothèque ⁽²⁾.

1133. A vrai dire, l'article 875 C.C.S. ne parle pas d'un droit de gage grevant l'hypothèque. Il parle d'un gage grevant la créance de l'établissement d'émission. Le Droit français permet aussi cette combinaison ⁽³⁾.

1134. Nous ne croyons pas qu'il puisse y avoir lieu, à ce sujet, à de graves controverses, au point de vue pratique.

1135. Le système organisé par l'alinéa 1 de l'article 875 C.C.S. paraît dérivé du système des délégations hypothécaires, admis par la loi vaudoise du 14 septembre 1897, et appelé dans la Suisse allemande système des *Partialien* ou titres partiels, dans lesquels est divisée l'hypothèque ou la cédule hypothécaire constituée pour la totalité de l'emprunt ⁽⁴⁾. Il y a donc un *titre fondamental* (*Grundtitel*), hypothèque ou cédule hypothécaire, que l'ensemble des titres partiels représente ⁽⁵⁾. Les titres partiels circulent, le titre fondamental reste entre les mains du représentant qui, ici, est imposé par la loi.

1136. Les titres partiels ne sont pas des titres de gage immobilier, ils représentent des délégations du titre fondamental, que seul connaît, théoriquement du moins, le conservateur du Registre foncier.

1137. A vrai dire, la situation est un peu confuse; il semble bien résulter du texte de la loi que les porteurs légitimes des délégations sont créanciers, et seuls créanciers ⁽⁶⁾; cependant, ils ne sont créanciers qu'indirectement, en ce sens qu'ils ne peuvent faire valoir séparément les uns des autres leur droit de gage, et poursuivre la réalisation de l'immeuble. Leur représentant, à la fois conventionnel et légal, est l'intermédiaire nécessaire pour l'exercice de leurs droits. En somme, le texte est un peu trop sommaire; il faut espérer que la jurisprudence et la pratique le compléteront; peut-être le législateur a-t-il compté sur elles, comme le fait souvent un législateur qui crée, en tâtonnant un peu, un organisme nouveau.

1138. Le deuxième alinéa de l'article 875 prévoit une émission de

(1) Wieland. *Rem. prél. aux art. 875-883*, n° 2.

(2) Voir Planiol, II, n° 2731. C.C.F., art. 2118, arg. *a contrario*. C. Pr. civ. fr., art. 775, qui prohibe les sous-ordres. — *Contrà*: Po-

thier. *Hypothèques*, n° 39.

(3) Voir Planiol, II, n° 2731.

(4) *Bull. sten.*, XVI, p. 686.

(5) Cf. Rossel et Menth, II, p. 291.

(6) *Ibid.*

titres d'une nature différente. Pour réaliser la combinaison, l'emprunteur s'adresse à un établissement financier, qui est seul créancier hypothécaire. Ensuite, cet établissement morcelle sa créance hypothécaire en titres garantis, non par l'hypothèque, mais, croyons-nous, par un nantissement, un droit de gage mobilier sur la créance. Du reste, il faut encore faire intervenir un tiers qui détiendra pour le compte des obligataires le titre du créancier qui constitue la garantie commun (1). C'est, en somme, un procédé analogue à celui qu'emploie le Crédit foncier de France pour ses émissions d'obligations, avec cette différence que les obligataires du Crédit foncier, qui, avons-nous dit (2), ne sont pas véritablement des créanciers hypothécaires, ne sont pas davantage des créanciers gagistes, mais des créanciers chirographaires de la Société.

1139. La nécessité de faire intervenir un tiers dépositaire du titre fondamental complique un peu la situation. Aussi le procédé a-t-il été simplifié par les articles 916, 917, 918 C.C.S. pour les titres émis par certains établissements de crédit foncier privilégiés (3).

1140. Le Registre foncier ignore, en principe, ces sortes d'obligations. Les porteurs peuvent cependant se faire inscrire sur le Registre spécial prévu par les articles 66, alinéa 2, et 108 de l'Ordonnance sur le Registre foncier, du moins si l'on veut bien les considérer comme ayant des créances garanties par un gage immobilier, ce qui est douteux, car leur droit de gage nous paraît mobilier. Les cantons pourraient user de la faculté que leur confère l'article 108 de l'Ordonnance, et instituer un registre des personnes garanties par un nantissement sur une créance assortie d'un gage immobilier.

SECTION III. — Cédules hypothécaires et lettres de rente émises en série.

§ 1. Dispositions générales.

1141. Avec le procédé de l'émission en série de l'article 876 C.C.S. (4), il n'y a plus d'organe intermédiaire : représentant légal des obligataires, ou établissement d'émission donnant en nantissement sa créance hypothécaire.

(1) C.C.S., art. 900 et ss. Cf. Rossel et Mentha, II, p. 292.

(2) *Suprà*, n° 1123.

(3) *Infra*, n°s 1141 et ss.

(4) C.C.S., art. 876 : « Les cédules hypo-

thécaires et lettres de rente émises en série sont régies, sous réserve des articles suivants, par les dispositions générales relatives à ces titres. »

1142. Les titres émis en série de l'article 876 sont de véritables titres de gage immobilier, cédulas hypothécaires ou lettres de rente, créées par le conservateur du Registre foncier. A première vue, le procédé paraît excellent; cependant, MM. Rossel et Mentha ⁽¹⁾ lui trouvent un grave défaut, c'est que tous ces titres épars seront bien difficiles à retrouver, quand il s'agira de tous les annuler pour rendre possible la radiation de l'inscription. Ils signalent cependant cet avantage que ces titres peuvent être émis sous forme de lettres de rente exclusives de toute obligation personnelle, ce qui n'est pas possible avec le procédé de l'article 875, alinéa 1, malgré ce que l'on pourrait conclure de l'article 59, alinéa 1 de l'Ordonnance sur le Registre foncier ⁽²⁾, texte français, qui par erreur — une erreur de traduction, selon MM. Rossel et Mentha — prévoit l'émission de lettres de rente par application de l'article 875 C.C.S.

1143. Peut-être la pratique se laissera-t-elle rebuter par les inconvénients résultant de l'application de l'article 876, et acceptera-t-elle plus volontiers les lettres de gage des articles 916 à 918 C.C.S. que nous retrouverons, qui ressemblent beaucoup à nos obligations foncières du Crédit foncier de France.

1144. Il résulte de l'article 876 C.C.S. que, en principe, les cédulas et lettres de rente émises en série suivent les règles générales des cédulas et lettres de rente ordinaires. Mais, comme la nécessité de la présentation fréquente des titres au conservateur, pour assurer la concordance entre le Registre et les mentions à porter sur les titres, aboutiront ici à une impossibilité, l'article 68, alinéa 3 de l'Ordonnance permet de déroger aux dispositions de l'article 874, alinéa 2 : l'établissement qui aura fait l'émission recevra les pouvoirs nécessaires pour rendre opposables à tous les porteurs les modifications survenues. Il sera utile que le titre lui-même mentionne cette situation, afin que le titulaire soit averti et mis à même de se renseigner. Il serait désirable que ces détails fussent plus complètement réglés par la loi; par exemple, un registre contenant les modifications et mis à la disposition des titulaires les renseignerait, et, comme ce registre serait spécial à cette catégorie de titres, il serait plus facile à consulter que le Registre foncier.

§ 2. *Nature des titres.*

1145. C'est sous ce titre, porté en note marginale, que le Code suisse

(1) Rossel et Mentha, II, p. 293.

(2) Voir *ibid.*, p. 293, 294.

présente l'article 877 C.C.S. (1). Il s'agit plutôt de la forme des titres que de leur nature. En pratique, il est évident que les titres seront toujours d'une somme ronde. Il n'y a, du reste, pas d'autre sanction (2) que le devoir du conservateur de refuser l'inscription de titres émis pour d'autres sommes; si le conservateur accepte l'inscription, les titres seront valables. Une sanction, par exemple une amende, ou la nullité de l'émission, serait utile pour empêcher l'émission de trop petits titres (3).

1146. L'alinéa 2 prévoit que « tous les titres porteront des numéros « d'ordre et seront rédigés selon le même formulaire ». Il semble que les titres ainsi émis sous une forme identique, et ne différant que par leur numéro, doivent être des fragments d'une créance unique, et avoir pour gage le même immeuble. A en juger par l'*Exposé des Motifs*, il n'en est rien. Dans l'*Exposé des Motifs* de l'avant-projet (4), on lit en effet ceci : « Les titres émis en série doivent être d'une teneur identique et d'un « montant égal. Ils seront rédigés aussi simplement que possible, afin « de pouvoir être aisément négociés. Aussi bien, l'article 856 (5) exige « qu'ils soient de cent francs ou d'un multiple de cent francs, et le fait, « qu'à l'exemple des lettres de rente, ils ne sont pas dénonçables les rend « particulièrement propres à circuler comme des papiers-valeurs. En « revanche, la position du débiteur est plus compliquée.

« Lorsque divers débiteurs entendent grever leurs immeubles de « titres en série, l'émission aura lieu de telle sorte que chaque immeuble « demeure affecté d'un ou de plusieurs de ces titres jusqu'à concurrence « du montant désiré et dans les limites de la valeur pour laquelle il est « permis de l'engager, mais que le débiteur et l'immeuble soient nomina- « tivement désignés. Supposons que cinq propriétaires fonciers veuillent « contracter un emprunt d'un million sur leurs immeubles, au moyen de « titres en série de 1000 francs l'un. A. possède un immeuble valant « 240,000 francs, celui de B. vaut 450,000 francs, ceux de C. et D. 300,000 « francs, celui de E. 210,000 francs. Or 170 (6) titres sont inscrits sur le « fonds de A., avec une numérotation continue, tous ces titres ayant un « droit de gage pareil, en premier rang, sur l'immeuble en question. Sur

(1) C.C.S., art. 877 : « Les titres sont de cent francs ou d'un multiple de cent francs.

« Tous les titres portent des numéros d'ordre et sont rédigés selon le même formulaire.

« S'ils ne sont pas émis par le propriétaire même du fonds grevé, l'établissement chargé de l'émission est désigné comme représentant des créanciers et du débiteur. »

(2) Wieland, art. 877, n° 1.

(3) Cf. loi française du 24 juillet 1867, art.

1, modifié par la loi du 1^{er} avril 1893, art. 1. Loi du 24 juillet 1867, art. 7.

(4) *Exposé des Motifs de l'avant-projet*, III, p. 243 sur les art. 856 à 859 du projet de 1900.

(5) Les articles cités sont ceux du projet de 1900.

(6) Chiffre erroné; lire 160 (voir *Exposé des Motifs du projet de 1904*, p. 647).

« le fonds de B., nous aurons 300 titres émis de la même manière, 200
« sur les immeubles de C. et D., 140 sur celui de E. Ces charges peuvent
« être consenties simultanément ou successivement, selon les conditions
« de l'emprunt; constitution, forme et valeur des titres sont exactement
« semblables pour tous. Ils sont offerts sans qu'il importe de mentionner
« quels immeubles sont plus spécialement affectés à tels ou tels titres,
« puisque l'engagement n'excède pas une limite qui fournit à tous les
« mêmes garanties; et nous avons, en sus, la responsabilité de l'Etat, s'il
« s'agit de lettres de rente. La personne du débiteur peut, au surplus,
« être assez indifférente au créancier qui ne traite qu'avec la banque. »

1147. Ainsi envisagée, la combinaison ne paraît pas bien pratique : voici des titres dont chacun indique un certain nombre d'immeubles grevés, alors cependant que l'un de ces titres n'a de gage que sur l'un des immeubles et non sur les autres. A vrai dire, la combinaison était moins dangereuse en réalité qu'en apparence, car l'avant-projet de 1900 contenait un article 860 qui expliquait tout : les titres émis en série devaient être inscrits en premier rang; leur montant ne devait pas dépasser les deux tiers de la valeur du sol, plus la moitié de la valeur des bâtiments, limitation qui n'existe plus que pour les lettres de rente, d'après le droit commun de l'article 848 C.C.S., que nous avons étudié.

1148. Avec cette organisation d'une charge maximale, le danger n'était donc pas très grand, et l'anomalie qui consistait à émettre des titres identiques pour des créances garanties par des immeubles différents, était corrigée par la garantie résultant de l'évaluation officielle. A vrai dire, une crise économique imprévue pourrait diminuer la valeur d'un immeuble, augmenter celle d'un autre, d'où il pourrait résulter qu'un titre était bien garanti et l'autre non; et, en ce cas, la responsabilité du canton, qui avait fait, à l'époque de l'émission, une juste évaluation, n'était guère admissible.

1149. Lorsqu'il s'agit de présenter le projet de 1904 (art. 863 du projet de 1904), l'article 860 du projet de 1900, exigeant le premier rang et la charge maximale, disparut (1). L'*Exposé des Motifs* de 1904 (2), à propos de l'article 863 (projet 1904 ancien article 856, projet 1900), devenu l'article 877 C.C.S., reproduisit l'*Exposé des Motifs* de 1900, en biffant un passage, au moins, relatif à la charge maximale ou au premier rang. Or, c'était précisément en considération de la charge maximale et du

(1) Voir le projet de 1904, précédé du Message du Conseil fédéral. *Tableau comparatif des articles des projets*; l'art. 860 de 1900 n'a

pas d'article correspondant en 1904.

(2) Voir le texte du projet de 1904, dans Rossel et Mentha, II, p. 295.

premier rang, que, dans l'*Exposé des Motifs* de 1900, les titres pouvaient être émis sans qu'il fût besoin de mentionner quels immeubles étaient spécialement engagés pour tel ou tel titre.

1150. A notre avis, c'est là le résultat d'une inadvertance. Ce qui est surprenant, c'est que l'un des auteurs les plus justement réputés du Code suisse, M. Huber, critiqué à ce sujet par MM. Rossel et Mentha (1), ait, au cours des travaux, insisté pour admettre une solution basée sur un raisonnement qui ne correspondait plus à une situation modifiée (2).

1151. Nous croyons, avec MM. Rossel et Mentha (3), que, la loi étant muette, l'*Exposé des Motifs* de 1904 n'étant pas la loi, et étant fondé, comme nous le croyons, sur un raisonnement devenu erroné, il est permis d'interpréter l'article 877 d'après le bon sens; il s'agit de titres émis *en série*, et ne différant les uns des autres que par leur numéro d'ordre; il en résulte que tous ont en garantie les mêmes immeubles, au même rang. Il faut que la loi, ou tout au moins la jurisprudence, se hâtent de trancher la question en ce sens, sans attendre un krach immobilier, dont le résultat sera que tel porteur d'une cédule ou d'une lettre de rente (4) ne sera pas payé, alors que rien ne lui indiquait une différence quelconque entre son titre et le titre identique d'un autre titulaire ou porteur.

§ 3. Amortissement des titres.

1152. Pour les créances hypothécaires ordinaires, un système d'amortissement est toujours possible, tandis que, pour la lettre de rente, aux termes de l'article 850, elle ne peut ordinairement être rachetée que tous les six ans (5).

Quand il s'agit de titres émis en série, l'article 878 C.C.S. (6) impose, sans indiquer, du reste, d'autre sanction que le refus du conservateur de procéder à l'inscription (art. 965, 966 C.C.S.), un mode spécial d'amortissement. Cet amortissement doit représenter le remboursement d'un certain nombre de titres. Normalement, les titres ainsi amortis seront désignés par la voie du tirage au sort, tel qu'il est prévu par les articles 882 et 883 C.C.S.

(1) Rossel et Mentha, II, p. 295.

(2) Voir *Bull. Stén.*, XVI, p. 684 et 685.

(3) Rossel et Mentha, *ibid.*

(4) Malgré les précautions des art. 848 et 849 C.C.S., un immeuble grevé d'une lettre de rente peut être réduit à une valeur nulle, sans que le canton soit responsable, ayant fait son évaluation avec tout le soin possible lors de l'émission.

(5) Cf. Rossel et Mentha, II, p. 294.

(6) C.C.S., art. 878: « Les débiteurs peuvent s'engager à verser périodiquement, outre les intérêts, une fraction du capital destinée à l'amortissement de la série.

« L'amortissement annuel doit représenter le remboursement d'un certain nombre de titres. »

§ 4. *Inscription des titres.*

1153. L'article 879 C.C.S. ⁽¹⁾ ne demande pas de longs commentaires. Les détails sont indiqués dans l'article 52, alinéa 1, de l'Ordonnance sur le Registre foncier.

1154. L'inscription individuelle des titres, exceptionnellement prévue par l'alinéa 2, ne s'appliquera guère qu'au cas où la série ne comprend qu'une dizaine de titres, et non, comme le pensent avec raison MM. Rossel et Mentha ⁽²⁾, au cas cité par M. Gottofrey, où il s'agit d'une centaine de titres, chiffre qui ne paraît pas en rapport avec la disposition matérielle du Registre foncier.

1155. Au lieu de l'expression vague de « nombre peu considérable » il est regrettable que le Code, ou au moins l'Ordonnance, n'ait pas indiqué un chiffre précis.

§ 5. *Effets des titres. Etablissements d'émission.*

1156. Le législateur a modifié, pour les titres émis en série, quelques-unes des règles ordinaires relatives aux cédules et aux lettres de rente. A défaut de modification, les règles normales s'appliqueront.

1157. Les règles spéciales sont posées par les articles 880, 881, 882, et 883 C.C.S. ⁽³⁾.

1158. L'article 880, par argument *a contrario*, permet aux parties d'autoriser l'établissement d'émission à consentir certaines modifications des engagements du débiteur. Par exemple, avec une autorisation qui lui en donnera le pouvoir, cet établissement pourra réduire l'étendue du gage au fur et à mesure des amortissements. Les créanciers lui en ont

(1) C.C.S., art. 879 : « Les titres sont inscrits au Registre foncier, avec indication de leur nombre; une seule inscription est prise pour la totalité de l'emprunt.

« Exceptionnellement, chacun des titres peut faire l'objet d'une inscription spéciale, si le nombre en est peu considérable. »

(2) Rossel et Mentha, II, p. 296.

(3) C.C.S., art. 880 : « L'établissement qui émet les titres ne peut, même lorsqu'il a été désigné comme représentant du créancier et du débiteur, modifier les engagements de ce dernier que si ce droit lui a été réservé lors de l'émission. »

Art. 881 : « Le remboursement des titres s'opère suivant le plan d'amortissement arrêté lors de l'émission ou dressé par l'établissement dans les limites des pouvoirs qui lui ont été conférés à la même époque.

« Lorsqu'un titre est appelé au rembourse-

ment, le montant en est versé au créancier et le titre annulé.

« Sauf convention contraire, l'inscription ne peut être radiée aussi longtemps que le débiteur n'a pas satisfait à toutes les obligations en dérivant et que titres et coupons ne sont pas rentrés, ou que le montant des coupons non rentrés n'a pas été consigné. »

Art. 882 : « Le propriétaire, ou l'établissement chargé de l'émission, est tenu de procéder au tirage au sort suivant le plan d'amortissement et d'annuler les titres remboursés.

« Pour les lettres de rente, ces opérations sont officiellement contrôlées par les cantons. »

Art. 883 : « Tous les remboursements doivent être affectés à l'amortissement de la dette lors du prochain tirage au sort.

donné le pouvoir, et, faite avec prudence, l'opération ne compromettra pas leur situation, puisque, si le gage diminue, c'est parce que la créance diminue en même temps.

1159. La nécessité de faire rentrer tous les titres, ou de les faire annuler judiciairement (C.C.S., art. 871, 873, 863), pour libérer l'immeuble du droit de gage risquerait de rendre difficile la radiation de l'inscription. Or, en principe (C.C.S., art. 881) cette radiation doit être totale, sauf convention contraire. Dans l'intérêt du crédit immobilier, les parties feront bien de prévoir des radiations partielles au fur et à mesure des amortissements.

1160. Il résulte de l'article 882 que les titres amortis doivent être annulés, et ne doivent pas être remis en circulation, contrairement à ce qui se passe pour les cédules et lettres de rente ordinaires (C.C.S., art. 863).

1161. Pour les lettres de rente, le contrôle des cantons, prévu par l'article 882, alinéa 2, pour l'amortissement et l'annulation des titres remboursés, est une bonne garantie, encore que le texte ne déclare pas expressément le canton responsable ⁽¹⁾; mais, pour les cédules il est regrettable qu'il n'y ait pas de contrôle. L'article 882 parle d'annulation, non de cancellation des titres; l'article 59 de l'Ordonnance ne précise pas. Ne peut-il arriver qu'avec un conservateur négligent, les titres puissent être remis en circulation illégalement? Il serait désirable que ces divers points fussent précisés.

1162. MM. Rossel et Mentha ⁽²⁾ font observer, avec raison, que l'amortissement par voie de tirage au sort est incompatible avec le système déjà critiqué ⁽³⁾ des titres en série portant sur des débiteurs multiples et sur des gages différents. Il peut arriver, en effet, en ce cas, que le sort aura fait amortir tous les titres portant sur un des immeubles, dont le propriétaire est ainsi dégagé de toute obligation hypothécaire, alors qu'il n'aura nullement payé toute sa dette; si ce propriétaire grève de nouveau son immeuble, et devient insolvable, le propriétaire de l'autre immeuble grevé par les titres émis en série, n'aura pas de recours utile contre lui, et sera tenu ainsi de payer, non seulement sa propre dette, mais, au moins en partie celle de son codébiteur, alors que, par hypothèque, il avait précisément entendu ne pas s'engager solidairement. Nous avons déjà critiqué cette interprétation de la loi, malgré la précision des travaux préparatoires. Même avec la garantie que présentait l'article 860 du projet de 1900, le danger existait, non pas tant pour le créancier

(1) Il est difficile de fonder, en ce cas, la responsabilité du canton sur l'art. 849.

(2) Rossel et Mentha, II, p. 293 et 299.

(3) *Suprà*, n° 1147 et ss.

qui avait de bonnes garanties, mais au point de vue des rapports des débiteurs entre eux. Il vaut beaucoup mieux admettre que l'émission des titres en série n'est autorisée que pour les titres ayant tous le même gage. Il y a là, du reste, peut-on admettre, une créance unique divisée en coupures, et l'article 798 C.C.S. ne permet la constitution du gage que lorsque les codébiteurs sont solidaires. Il semble bien résulter de l'article 879 qu'il s'agit d'une créance unique.

1163. Nous n'avons guère compétence pour faire des pronostics sur l'avenir des divers systèmes d'émission des titres fonciers. MM. Rossel et Mentha ⁽¹⁾ pensent que le système appelé au plus grand avenir est celui des délégations, présenté trop brièvement à leur gré par l'article 875, alinéa 1. Peut-être les titres émis en série des articles 876 et ss. seront-ils, eux aussi, bien accueillis, si la loi est appliquée avec attention et prudence. Mais, par la comparaison avec le système français du Crédit foncier, devenu si populaire avec ses petites obligations, nous croyons que le système de l'article 875, alinéa 2, accompagné des règles de faveur des articles 916, 917, 918 C.C.S., que nous allons examiner, c'est-à-dire le système des obligations gagées sur la créance hypothécaire, est, peut-être, celui qui serait accueilli avec la plus grande faveur, si, toutefois, il vient à se constituer en Suisse un grand établissement de Crédit foncier, contrôlé par la Confédération, ou une banque hypothécaire de la Confédération, rappelant le Crédit foncier de France, qui procéderait à l'émission des titres ⁽²⁾.

Il existe une institution de ce genre, dans la République Argentine. En vertu de la loi du 24 septembre 1886, modifiée le 7 septembre 1911, le gouvernement argentin a fondé une Banque nationale hypothécaire, qui ne dispose que d'un capital de réserve de 75 millions de francs, et n'émet pas d'obligations. Elle consent des prêts, en échange desquels elle remet à l'emprunteur des cédules hypothécaires que celui-ci peut négocier, avec la garantie du fonds de réserve et de la responsabilité du gouvernement. Un grand nombre de ces cédules circulent en Europe, et notamment en France, où elles ont été introduites, en avril 1911, à la Bourse de Paris. ⁽³⁾.

SECTION IV. — Lettres de gage.

1164. Le Code civil suisse a placé les articles 916, 917, 918 C.C.S. ⁽⁴⁾

(1) Rossel et Mentha, II, p. 300.

(2) Cf. Rossel et Mentha, II, p. 333. — Wieland. *Rem. prél. aux art. 875-883*, n° 2. d.

(3) Voir article de M. de Pianelli, dans *l'Information*, 3 à 7 avril 1917.

(4) C.C.S., art. 916 : « Les établissements

dans le titre « du gage mobilier », et ceci avec raison, car les *lettres de gage* dont il est question ne sont pas des créances hypothécaires, pas plus que ne le sont, à notre avis ⁽¹⁾, les obligations prévues par l'article 875, alinéa 2 C.C.S., dont les lettres de gage constituent une forme privilégiée.

1165. Pour supprimer les graves difficultés résultant de l'application pure et simple du droit commun (C.C.S., art. 899 à 906 et 875, al. 2) le législateur a autorisé certains établissements privilégiés à émettre des lettres de gage garanties, en dehors des règles légales ordinaires, par les titres de gage immobilier de ces établissements et par les créances résultant de leurs opérations ordinaires. Nous remarquerons que le Titre final du Code civil, dans son article 57, a créé une situation qui rappelle celle que nous examinons en permettant aux cantons d'instituer un *privilège* sur les papiers-valeurs et autres créances des établissements qui reçoivent des dépôts d'épargne, sans qu'il soit besoin de suivre les règles du droit commun relatives au gage mobilier.

1166. Les lettres de gage, dit M. Wieland ⁽²⁾, « sont des obligations » (*Anleihensobligationen*) garanties par un droit de gage (gage sur une « créance) sur les titres fonciers de l'établissement d'émission, de même « que sur les autres créances faisant partie du cercle d'affaires de cet établissement ».

1167. Il n'est pas nécessaire de passer un contrat spécial d'engagement : « Le droit de gage naît *ipso facto* dès que les lettres de gage sont « désignées expressément comme telles et que les conditions de leur « émission sont réunies. »

1168. Notamment, la nécessité de droit commun (C.C.S., art. 900) de remettre les titres de gage, ou les autres actes constatant les créances, aux bénéficiaires des lettres de gage ou à leur représentant, est écartée ici, par dérogation à l'article 875, alinéa 2, ceci en considération de ce qu'il s'agit d'établissements spécialement désignés et autorisés par les cantons.

1169. L'article 918, alinéa 3, prévoit en cette matière une loi fédérale.

de crédit foncier désignés par l'autorité cantonale compétente peuvent émettre des lettres de gage garanties, même sans contrat d'engagement spécial et sans nantissement, par les titres de gage immobilier dont l'établissement est propriétaire et par les créances résultant de ses opérations ordinaires. »

Art. 917 : « Les créanciers ne peuvent dénoncer le remboursement des lettres de gage.

« Les titres sont au porteur ou nominatifs; ils sont munis de coupons au porteur. »

Art. 918 : « Les établissements qui veulent émettre des lettres de gage doivent y être

autorisés par les pouvoirs publics compétents.

« La législation fédérale détermine les conditions sous lesquelles des lettres de gage peuvent être émises; elle prescrit des règles spéciales pour l'organisation des établissements d'émission.

« La compétence des cantons est réservée en cette matière jusqu'à ce que la Confédération ait elle-même légiféré. »

(1) *Suprà*, nos 1130 et ss.

(2) Wieland, art. 916, note.

En Allemagne, il existe à ce sujet, la loi du 13 juillet 1899, sur les prêts hypothécaires, que M. Wieland ⁽¹⁾ indique comme un modèle pouvant être imité.

1170. Le système des lettres de gage n'est peut-être pas suffisamment au point pour être, dès maintenant, favorablement accueilli ⁽²⁾. Nous croyons qu'il sera, au contraire, appelé à un avenir important, lorsqu'une loi fédérale, rédigée avec soin, aura réglé les détails, et lorsqu'un grand établissement financier de la Confédération aura pris, au moins en fait, sinon en droit, le monopole des lettres de gage ⁽³⁾.

CHAPITRE XIV

DROIT DE RÉTENTION EN MATIÈRE IMMOBILIÈRE

1171. Le droit de rétention, en général, existe quand un créancier « qui détient une chose appartenant à son débiteur, peut refuser de la rendre tant qu'il n'est pas payé, bien que cette chose ne lui ait pas été donnée en nantissement ⁽⁴⁾ ».

1172. A Rome, le droit de rétention existait, sous forme d'exception de dol, en matière de contrats synallagmatiques (*exceptio non adimpleti contractus*), et, dans les actions en revendication, quand le défendeur a droit au remboursement de ses impenses. Le mot de « *retentio, retinere* » se trouve dans quelques textes du Digeste ⁽⁵⁾.

1173. Dans l'ancien Droit ⁽⁶⁾, on continua à appliquer les règles romaines, et on leur trouva quelques cas nouveaux d'application : dans le cas du *retrait lignager* ⁽⁷⁾, dans le cas du rapport imposé aux héritiers gratifiés d'un avancement d'hoirie ⁽⁸⁾. Pour arrêter les réclamations abusives faites à raison des *méliorations*, diverses mesures furent prises par l'Ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, article 97, et ensuite par l'Ordonnance de Moulins de 1566, qui permit de remplacer la rétention ma-

(1) Wieland, art. 918, note.

(2) Cf. Rossel et Mentha, II, p. 332-333.

(3) Cf. Wieland. *Rem. prél. aux art. 875-883*, n° 2. d.

(4) Planiol, II, n° 2515. Cf. Aubry et Rau, 5^e éd., III, § 256 bis, p. 187.

(5) *D. lib. X*, tit. 3, fr. 14, § 1. — *Lib. XII*, tit. 6, fr. 33.

(6) Voir Planiol, II, n° 2518.

(7) *Coutume d'Orléans*, art. 372.

(8) *Coutume d'Orléans*, art. 306. — *Coutume de Paris*, art. 303.

térielle par une caution garantissant le remboursement des impenses. Ce droit de rétention n'existait qu'à raison des impenses faites sur la chose à restituer : « C'est ce que Garsias, auteur du XV^{me} siècle, appelait *causas retinendi, cohaerentes ipsi rei (de expensis et meliorationibus*, Cap. I, « n° 16, édit. de 1614, p. 9-10), ce que les auteurs modernes appellent le « *débitum cum re junctum* » (1). »

1174. Le Code civil français ne contient aucune disposition générale sur le droit de rétention, mais reconnaît son existence, en matière immobilière, notamment au profit du vendeur non payé (C.C.F., art. 1612-1613), du propriétaire exproprié pour cause d'utilité publique (C.C.F., art. 545 — loi du 3 mai 1841, art. 53), de l'acheteur à réméré à qui satisfaction entière n'est pas offerte (C.C.F., art. 1673), du locataire expulsé, dans le cas de l'article 1749.

1175. En matière d'actions réelles, le Code français ne donne expressément le droit de rétention à raison des impenses que dans le seul cas de l'article 867 C.C.F. (cohéritier soumis au rapport), mais le droit de rétention n'en existe pas moins dans tous les cas, sous forme d'exception de dol, étant donné que toutes les actions sont de bonne foi, principe traditionnel d'origine prétorienne, qui a passé dans les législations d'origine romaine, et est même expressément formulé dans l'article 1134 C.C.F. (2).

1176. Il eût été utile d'insérer dans le Code civil français une disposition générale sur ce point, analogue à celle de l'article 1184 C.C.F., relative à la condition résolutoire tacite dans les contrats synallagmatiques.

1177. Selon Merlin (3), suivi par Laurent (4), le droit de rétention est un privilège, et n'existe que dans les cas où la loi le déclare expressément. M. Planiol (5), au contraire, estime que c'est là une erreur; selon lui, le droit de rétention n'est qu'un refus légitime de restitution, et non un privilège; en outre, comme il est basé sur les principes généraux, il peut être étendu en dehors des cas expressément indiqués par la loi.

1178. Les auteurs qui admettent cette application extensive du droit de rétention exigent qu'il existe une corrélation entre la créance réclamée et la chose retenue : « *debitum cum re junctum* », à quoi MM. Aubry et Rau (6) ajoutent l'exigence d'un rapport antérieur contractuel ou

(1) Planiol, II, n° 2518. Cf. Aubry et Rau, 5^e éd., III, § 256 bis, pp. 188 et ss.

(2) Cf. Aubry et Rau, 5^e éd., III, § 256 bis, note 5, p. 189.

(3) Merlin. Répertoire. *Droit de rétention*, 231.

(4) Laurent, T. XXXIX.

(5) Planiol, II, n°s 2526 et 2529. Cf. Aubry et Rau, 5^e éd., III, § 256 bis, p. 194.

(6) Aubry et Rau, 5^e éd., III, § 256, p. 189.

quasi-contractuel entre les parties, ce qui les amènerait à refuser le droit de rétention dans le cas de l'article 555 (plantations, constructions, ouvrages sur le terrain d'autrui).

1179. La jurisprudence ⁽¹⁾ est assez large pour admettre que le droit de rétention existe; elle se contente du *debitum cum re junctum*.

1180. Le droit de rétention, en France, n'est qu'un refus légitime de restituer; il en résulte que, théoriquement, le créancier n'a aucun privilège sur le prix; mais, pratiquement, il obtient, par son droit de refuser la restitution, l'équivalent d'un privilège ⁽²⁾.

1181. Le droit de rétention est-il un droit réel, ce qui est intéressant au point de vue du droit de suite, et de la possibilité de l'opposer aux tiers ? M. Guillouard ⁽³⁾ le considère comme un droit réel. M. Planiol et MM. Aubry et Rau sont d'un avis contraire ⁽⁴⁾. Nous pensons, avec M. Planiol, que le droit de rétention n'est que l'application pratique de l'*exceptio doli* et de l'*exceptio non adimpleti contractus*, et qu'il ne produit d'effets que vis-à-vis du débiteur et de ses ayants cause, et aussi vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs.

1182. En Autriche, dans la législation de 1810, l'article 471 du Code civil autrichien n'admet pas de droit de rétention légal; la chose d'autrui ne peut être retenue qu'en vertu d'un gage ou autre convention, et seulement pendant la durée convenue.

1183. Dans le Code japonais de 1891, « les articles 92 à 96 règlent en « détail le droit de rétention, mais seulement à raison d'impenses et de « dommages. Ils exigent la *connexité* (art. 92), établissent l'*indivisibilité* « (art. 93), et *refusent positivement tout droit de préférence* (art. 94) ⁽⁵⁾. »

1184. En Roumanie, la cour de Jassy a admis que le droit de rétention est un droit réel ⁽⁶⁾.

1185. En Allemagne, nous n'insisterons pas sur le droit de rétention accordé entre commerçants sur les objets mobiliers du débiteur, même sans qu'il y ait *connexité* entre la dette et la chose; il ne s'agit pas, ici, en effet, d'un droit de rétention immobilier. (Code de commerce de 1861, art. 313 et 314; cf. Code de commerce de 1897, art. 369-371.)

1185. L'article 273 C.C.A. admet nettement le droit de rétention dans les deux cas admis par la tradition. L'alinéa 1 l'admet en cas de

(1) Voir les arrêts cités dans Planiol, II, n° 2521, et 2528 et dans Dalloz. *Code civil annoté*, art. 2094, n°s 34 et ss.

(2) Voir Planiol, II, n° 2529 et ss. Cf. Aubry et Rau, 5^e éd., III, § 256 bis, p. 194.

(3) Guillouard. *Traité du droit de rétention*, n°s 117 et 118.

(4) Planiol, II, 2536. — Aubry et Rau, 5^e éd., III, § 256 bis, p. 194.

(5) Planiol, II, n° 2540.

(6) Voir Alexandresco. *Le Droit ancien et moderne en Roumanie*, p. 226. — Planiol, II, n° 2541 bis.

rapports synallagmatiques entre les parties ; c'est l'*exceptio non adimpleti contractus*. L'alinéa 2 l'admet en matière d'impenses, et en cas de dommages causés par l'objet réclamé ; c'est le *debitum cum re junctum*. Les articles 320, 321, 322 C.C.A. règlent les détails de l'application de l'*exceptio non adimpleti contractus*, en matière de contrats synallagmatiques.

1186. Le créancier, en ce dernier cas, peut écarter le droit de rétention en offrant une sûreté, qui ne doit pas être une caution (art. 273, *in fine* C.C.A.). L'effet du droit de rétention (art. 274 C.C.A.) est seulement de faire condamner le débiteur à *prester contre prestation réciproque* (*exécution trait pour trait*). « En vertu de cette condamnation, le créancier peut procéder à l'exécution forcée sans faire sa contre-prestation, « si son adversaire a été mis en demeure de recevoir. » (Art. 274, al. 2 C.C.A., trad. de la Grasserie.)

1187. En Suisse, l'ancien Code fédéral des Obligations, articles 224 à 228, admettait le droit de rétention *en matière mobilière*, en exigeant la connexité entre la créance et la chose ; mais, « entre commerçants, il « suffit, pour qu'il y ait connexité, que la créance et la possession de la « chose résultent de leurs relations d'affaires ». C'est, atténué, le système du Code allemand de 1861.

1188. Ces dispositions n'ont pas été reproduites dans le nouveau Code des Obligations de 1911. La matière du droit de rétention, retouchée, a été transférée dans le Code civil suisse, où elle figure sous les articles 895 à 898 C.C.S. Ce droit de rétention de la législation suisse ne se présente pas avec le caractère général que nous avons trouvé au droit de rétention dans la doctrine française, avant et après la promulgation du Code civil. Nous en trouvons la preuve dans l'opinion de MM. Rossel et Mentha ⁽¹⁾, d'après laquelle le droit de rétention « a sa source dans les besoins du commerce », ce qui ne rappelle guère le droit de rétention fondé sur l'exception de dol, ou sur l'*exceptio non adimpleti contractus*, qui s'étend à toutes les relations dérivant d'un contrat ou d'un quasi-contrat, ou même de délits, dans le sens large du mot (dommage causé par la chose).

1189. « Dans le système du Code suisse, disent MM. Rossel et Mentha ⁽²⁾, le droit de rétention est le droit de conserver une chose qu'on « aurait sans cela l'obligation de rendre, jusqu'à l'entier acquittement « d'une créance née de la possession ou de la détention de la chose elle- « même (cf. cependant art. 895, al. 2) — ou, si l'on préfère, de compenser « cette chose avec cette créance, jusqu'à due concurrence. Il confère au « créancier une sorte de gage tacite, avons-nous dit, indivisible comme

(1) Rossel et Mentha, II, p. 310.

(2) *Ibid.*, p. 311.

« le gage, et réalisable comme lui (cf. toutefois art. 898). Il importe peu, « au demeurant, que la détention de la chose résulte d'un contrat, ou de toute autre cause. »

1190. Les mêmes auteurs ajoutent qu'à la différence du Droit romain, le Droit suisse considère le droit de rétention « comme un *droit réel* » au premier chef, opposable au tiers, et assimile dès lors l'ancien droit « de rétention au gage légal ». Nous renvoyons à leur ouvrage pour la discussion qu'ils instituent à ce sujet, et pour les différences qu'ils signalent entre le droit de gage ordinaire et le droit de rétention.

1191. Mais, aux termes de l'article 895 C.C.S., le droit de rétention n'est réglé par la loi que lorsqu'il s'agit d'une chose mobilière ou de papier-valeur, la chose devant, en outre, être *réalisable* de sa nature, (art. 896, al. 1 C.C.S.), ce qui exclut les papiers de famille, correspondance, livres de comptes, quittances remises à un notaire, à un avocat, à un conseil.

1192. Encore faut-il que le droit de rétention s'exerce pour une créance exigible, et qu'il y ait un rapport naturel de connexité entre la créance et la chose retenue, connexité pour laquelle, entre commerçants, il suffit, comme dans l'ancien Code des Obligations, que la possession de la chose et la créance résultent de leurs relations d'affaires.

1193. Si la créance n'est pas exigible, le droit de rétention naît cependant, lorsque le débiteur est insolvable (art. 897 C.C.S. Cf. art. 208, Loi des Poursuites).

1194. Après avertissement, le créancier poursuit la réalisation de la chose retenue, comme en matière de nantissement (art. 898 C.C.S., cf. art. 151 et ss. Loi des Poursuites).

1195. En réalisant son droit de rétention, le créancier se paiera d'abord, et ne devra faire compte que de l'excédent au débiteur ou à la masse de sa faillite. Pratiquement, comme en Droit français ⁽¹⁾, et même, ici, légalement, le droit de rétention confère un véritable privilège.

1196. Voici donc un droit de rétention légal, en cas de *debitum cum re junctum*; mais il n'existe qu'en matière mobilière. Aucun texte général ne consacre, comme en Allemagne ⁽²⁾, l'*exceptio non adimpleti contractus*.

1197. Le Code des Obligations indique plusieurs applications spéciales du droit de rétention : article 57 (rétention des animaux qui causent un dommage à un immeuble) art. 272, 286 (rétention des meubles du locataire ou fermier), art. 401 (droit de rétention du mandataire), art. 434 (droit de rétention du commissionnaire), art. 451 (droit de rétention du voiturier sur la somme consignée remplaçant la chose transportée), art.

(1) Cf. *suprà*, n° 1180.

(2) Voir *suprà*, n° 1185.

491 (droit de rétention des aubergistes, hôteliers, et maîtres d'écurie).

1198. Mais, en matière immobilière, le droit de rétention, fondé sur le *debitum cum re junctum*, ne se trouve mentionné, sauf erreur, que dans un seul texte, l'article 939, alinéa 1 C.C.S., aux termes duquel le possesseur de bonne foi a un droit de rétention jusqu'à ce qu'il ait reçu le remboursement des impenses nécessaires et utiles qu'il a faites.

1199. Si le Code civil suisse ne contenait pas une théorie générale, quelque sommaire qu'elle soit, du droit de rétention, nous ne pourrions tirer aucune conclusion de son silence presque absolu au sujet du droit de rétention en matière immobilière. Comme l'a fait la doctrine pour le Code civil français, qui ne contient pas de théorie générale, nous pourrions tirer argument de tel ou tel texte spécial pour en conclure que le droit de rétention est général, et que les textes qui l'admettent ne sont qu'une application du droit commun.

1200. Mais, comme le Code civil suisse consacre au droit de rétention un chapitre spécial ⁽¹⁾, qui ne s'applique qu'en matière mobilière, et comme, en matière immobilière, il ne paraît le mentionner que dans le cas du possesseur de bonne foi, il semblera peut-être permis d'en conclure que le Code suisse n'admet pas le droit de rétention en matière immobilière, en tant que ce droit est basé sur le *debitum cum re junctum*, à l'exception du seul cas prévu par l'article 939 C.C.S.

1201. S'il en est ainsi, la question n'est pas, pour autant, résolue, lorsqu'il s'agit de savoir si le Droit suisse admet ou non le droit de rétention, lorsqu'il se présente, en matière de contrats synallagmatiques, sous la forme d'une application de l'*exceptio non adimpleti contractus*.

1202. Le Code civil suisse formule rarement des principes théoriques, et préfère, ordinairement, donner, pour résoudre chaque question, des règles pratiques. Il ne faut donc pas tirer argument de ce qu'il ne présente pas, à ce sujet, de déclaration de principe. Il convient plutôt de rechercher si, d'une manière générale, ce Code admet l'*exceptio non adimpleti contractus*, et si, dans la pratique, cette exception peut aboutir, en matière immobilière, à l'admission du droit de rétention.

1203. Nous ne trouvons aucune réponse à la question dans l'idée de MM. Rossel et Mentha ⁽²⁾ qui fondent le droit de rétention, tel qu'il est prévu par le Code suisse, sur une idée de nécessité commerciale, et en font, en somme, une application extensive de la notion de compensation. En effet, ce n'est pas de ce droit de rétention, ayant à sa base un *debitum*

(1) C.C.S., titre XXIII, chap. 1.

(2) Rossel et Mentha, II, p. 310 et ss. Voir *suprà*, n° 1188.

cum re junctum, que nous nous occupons présentement. Et, lorsque les mêmes auteurs recherchent, dans le Droit suisse, l'*exceptio non adimpleti contractus* qui est à la base du droit de rétention sous sa deuxième forme, celle qui nous occupe, ils semblent bien admettre, d'une manière générale, l'existence de cette exception, dans le Droit suisse ⁽¹⁾.

1204. Si l'*exceptio non adimpleti contractus* existe bien, en Droit suisse, nous en concluons que le Droit suisse admet, en matière immobilière, comme en matière mobilière, le droit de rétention sous sa deuxième forme. En effet, il est clair que, si la partie qui doit livrer a le droit de refuser la livraison, parce que l'autre n'a pas fourni sa prestation, c'est précisément là le droit de rétention dont nous nous occupons, qui n'est pas un gage légal, comme l'autre droit de rétention que nous venons d'étudier dans le Droit suisse, mais qui est simplement un *refus légitime* de livrer, comme en Droit français ⁽²⁾.

1205. Or, l'*exceptio non adimpleti contractus* n'est qu'une forme de l'*exceptio doli* ⁽³⁾. La question revient donc à rechercher si, d'une manière générale, l'*exceptio doli* est admise, en Suisse, de telle manière qu'elle puisse être opposée sous la forme d'*exceptio non adimpleti contractus*.

1206. Il serait bien étonnant qu'il n'en fût pas ainsi, puisque l'*exceptio doli* n'est pas autre chose que l'application de l'idée juridique de la bonne foi. Sans doute, on peut supposer une législation de droit strict, où, par exemple, le vendeur non payé serait, par le contrat lui-même, dépouillé de son droit de propriété, et n'aurait contre l'acquéreur qu'une créance ordinaire, sans droit de rétention, ni privilège, ni hypothèque, ni droit de résolution. Une telle législation, si elle était acceptée par l'usage, ne produirait pas de plus mauvais résultats qu'une autre, simplifierait les rapports des parties, supprimerait nombre de procès, et obligerait chacun à veiller plus attentivement à ses intérêts.

1207. Mais telle n'est pas la tendance des législations modernes qui, à l'exemple du Droit romain dans sa forme la plus récente, rejettent les dispositions de droit strict, et donnent une place prépondérante à la notion juridique de l'interprétation de bonne foi.

1208. Et il en est ainsi dans le Code civil suisse, qui pose le principe d'une manière générale dans l'article 2, alinéa 1 C.C.S. (cf. C.C.F., art. 1134, al. 3).

1209. Encore faut-il rechercher si la notion de bonne foi suffit à fonder l'*exceptio non adimpleti contractus*. La loi française est muette à cet

(1) Rossel et Mentha, III, p. 116.

(2) Cf. Planiol, II, n° 2529.

(3) Planiol, II, n° 2517.

égard, et la jurisprudence paraît ignorer cette exception ⁽¹⁾. M. Planiol, avec raison, la considère cependant comme fondée, par argument *a fortiori*, sur les principes de l'article 1184 C.C.F. Si la partie qui ne reçoit pas la contre-prestation a un droit de résolution, *a fortiori* a-t-elle le droit de commencer par ne pas exécuter, ce qui est précisément notre droit de rétention.

1210. Or, en Suisse, le droit de demander la résolution, en cas d'inexécution, existe, et est consacré par les articles 107, 108, et 109 du Code des Obligations. Le législateur suisse, ici comme presque partout, n'a pas voulu poser le principe en termes théoriques, et n'a formulé que des règles pratiques. Mais il n'en admet pas moins le principe.

1211. Il semble donc bien que le droit de rétention, en tant qu'il a pour fondement l'inexécution, par l'autre partie, de ses obligations, est admis par le Droit suisse.

1212. Mais pour le plus important des contrats, la vente, la loi suisse est muette à ce sujet dans les articles 216 à 221 C.O., qui sont relatifs à la vente d'immeubles. Donne-t-elle au moins la solution au moyen des règles relatives à la vente mobilière, règles auxquelles renvoie, pour les ventes d'immeubles, l'article 221 C.O. ? Oui, à notre avis, il donne cette solution, en décidant, dans l'article 214 C.O. que le vendeur, en cas de non-paiement du prix, a un droit de résolution du contrat, tant que l'acheteur n'a pas été mis en possession. Il est permis d'en conclure, par un raisonnement *a fortiori* analogue à celui que faisait M. Planiol en Droit français, que le vendeur a un droit de rétention.

1213. Il est vrai que l'alinéa 3 de l'article 214 C.O. supprime le droit de résolution du vendeur, quand l'acheteur a été mis en possession, sauf réserve expresse de la part du vendeur, mais ceci est sans importance, car alors le vendeur, connaissant la loi, ou étant présumé la connaître, s'est dépouillé volontairement de son droit de résolution, et, par suite, de son droit de rétention.

1214. Comment l'alinéa 3 de l'article 214 s'appliquera-t-il en matière de vente d'immeubles ? Bien que l'article 221 C.O. renvoie purement et simplement, pour les ventes d'immeubles, aux règles relatives aux ventes mobilières, nous croyons qu'il y a là, de la part du législateur, une inadvertance. La mise en possession de l'acheteur, quand il s'agit d'un objet mobilier, entraîne le transfert de la propriété (C.C.S., art. 714). Mais cette mise en possession ne suffit pas, en matière immobilière ; il faut l'inscription au Registre foncier (art. 656, al. 1 C.C.S.). Et l'inscription

(1) Planiol, II, n° 949.

au Registre foncier correspond exactement, pour les immeubles, à ce qu'est la tradition pour les meubles. L'article 656, alinéa 1, correspond exactement, pour les immeubles, à l'article 714, pour les meubles ⁽¹⁾.

1215. Nous croyons donc que, pour les ventes d'immeubles, l'article 214 C.O. s'applique, mais *par analogie* seulement, comme le déclare l'article 221, c'est-à-dire que le droit de résolution, et, par suite, le droit de rétention, ne disparaîtront pas par la seule mise en possession de l'acheteur, mais par son inscription au Registre foncier. Il est regrettable que le législateur ne l'ait pas dit expressément.

1216. Etant donné que nous admettons, en matière de vente immobilière l'existence du droit de rétention sous la forme d'*exceptio non adimpleti contractus*, nous ne nous étonnerons pas de le retrouver, sous la même forme, en termes, du reste un peu sommaires, dans l'article 82 C.O. (cf. C.C.A., art. 273, 320, 322) qui pose le principe de l'exécution *trait pour trait* (*Erfüllung Zug um Zug*), ce qui, en langue vulgaire et expressive, correspond à l'expression populaire « *donnant donnant* » ⁽²⁾.

1217. Ajoutons encore que la notion de l'abus du droit (art. 2, al. 2 C.C.S.), dont on peut tirer tout ce que l'on veut, autorisera toujours le juge à permettre à la partie de garder l'immeuble tant qu'elle n'est pas payée.

1218. Nous concluons donc qu'en Suisse, en matière immobilière, le droit de rétention n'existe pas, en tant qu'il est basé sur la notion du *debitum cum re junctum*, sauf dans le cas prévu par l'article 939 C.C.S. Il est, au contraire, admis d'une manière générale, lorsqu'il est fondé sur l'*exceptio non adimpleti contractus*.

1219. Il semble que cette question du droit de rétention soit si difficile à résoudre qu'elle ait fait reculer les législateurs et les jurisconsultes. Sans doute, elle présente de sérieuses difficultés lorsqu'il s'agit du *debitum cum re junctum* parce que beaucoup de créances ont un lien juridique avec la chose, et que ce lien étant plus ou moins étroit, il est difficile de traiter de la même manière toutes les créances ayant un lien avec la chose. Mais lorsqu'il s'agit de l'*exceptio non adimpleti contractus*, la question est si simple que l'on peut regretter que le législateur suisse n'ait pas cru devoir la résoudre par un texte exprès, en matière immobilière, non pas certes en conférant un privilège, ni un droit de suite, mais en conférant le droit de rétention sous la forme d'une exception opposable à l'autre partie et à ses ayants cause.

(1) Wieland, art. 714, n° 1. — Rossel et Mentha, II, p. 33 et 357. *Suprà*, n°s 125 et ss. 331, 332, 578.

(2) Cf. Saleilles. *Théorie de l'Obligation*, 168 et 171. — Planiol, II, n° 949.

1220. Dans la pratique, en Suisse, le droit de rétention s'exercera au moyen du refus motivé et légitime du propriétaire de consentir à l'inscription de l'autre partie au Registre foncier; or, son consentement est nécessaire à l'inscription (C.C.S., art. 963), et, si l'acquéreur demande au juge l'attribution de la propriété (C.C.S., art. 665), le juge, au vu de l'exception présentée par l'autre partie, refusera d'accéder à la demande.

CHAPITRE FINAL

CONCLUSION

1221. Nous avons vu, à de fréquentes reprises, combien la tâche entreprise par le législateur suisse avait été rendue difficile par les différences de législation des cantons, par les conditions économiques variées de ces cantons, et aussi par les conditions physiques du sol qui entraînaient les situations juridiques les plus différentes d'un lieu à un autre. Cependant, le législateur a su se montrer à la hauteur d'une pareille tâche. Pour ne citer qu'un exemple, rappelons qu'il existait, en Suisse, plus de soixante types d'hypothèques ou gages immobiliers. Le Code civil les a réduits à trois, qui constituent une organisation assez variée et assez souple pour qu'il soit permis d'espérer qu'ils remplaceront sans peine et sans heurt les anciennes formes cantonales, car ils rappellent l'un ou l'autre toutes ces anciennes formes.

1222. Le législateur a su éviter, autant que possible, de faire œuvre nouvelle, ce qui eût été dangereux, parce qu'il eût heurté les anciens usages; il a surtout cherché à simplifier et à généraliser. Il a laissé au pouvoir législatif de chaque canton une initiative, que les partisans de l'autonomie cantonale trouveront peut-être insuffisante, mais qui évitera cependant une centralisation exagérée du Droit, choquant les coutumes les plus légitimes.

1223. Nous l'avons dit plusieurs fois, le législateur n'a de véritables pouvoirs que lorsqu'il dirige, coordonne, résume le droit coutumier, et encore lorsqu'il prend une coutume locale ayant fait ses preuves, et la transporte dans d'autres régions, où elle est acceptée avec satisfaction. Nous n'entendons nullement prétendre que le législateur ne peut faire œuvre viable qu'en se mettant à la remorque du droit coutumier, mais il doit éviter d'aller à l'encontre de l'usage, sous peine de voir son œuvre détruite par celui-ci, qui est plus fort que le législateur, parce qu'il est

tenace et constant, et qu'il représente la véritable volonté du peuple. Le législateur suisse l'a compris, et il est permis d'en conclure que son œuvre sera féconde.

1224. Si les auteurs du Code civil se sont inspirés du Droit nouveau allemand, ils ne l'ont pas suivi aveuglément, et ce serait une grande erreur que de croire que le Code civil suisse est une copie, même accommodée et modifiée, du Code allemand.

1225. Le Code civil suisse n'a pas bouleversé le Droit, il s'est borné à l'adapter à un état et à des besoins nouveaux. Il a rejeté, par exemple, et avec raison, notre distinction des immeubles par destination et des objets mobiliers devenant immeubles parce qu'ils sont attachés à perpétuelle demeure à un immeuble. La notion des parties intégrantes et des accessoires admise par lui, bien qu'elle ne suffise pas à faire disparaître toute difficulté, est certainement plus claire, plus satisfaisante pour l'esprit, et donne au juge une base plus commode pour ses décisions. Elle supprime les énumérations du Code français, forcément incomplètes, et destinées à vieillir rapidement.

1226. La définition des fruits naturels est plus large que celle du Code français, ce qui est heureux. Le Code suisse a su éviter la disposition peu équitable qui refuse à l'usufruitier le droit de percevoir les fruits parvenus à maturité avant la cessation de son usufruit.

1227. Par contre, nous ne croyons pas que le législateur suisse ait réussi dans sa tentative de classification des cas où plusieurs sont, à la fois, propriétaires d'une même chose. Ces cas sont trop variés, et surtout leurs origines sont trop différentes. L'idée de faire de la copropriété, en prenant le mot dans son sens large, une matière unique à traiter à part, est trop naturelle pour que les jurisconsultes n'aient pas été tentés de le faire. Mais, en regardant de plus près, on s'aperçoit que la copropriété, toujours dans le même sens du mot, n'est pas une situation juridique particulière; elle est l'effet de diverses situations juridiques, à propos de chacune desquelles elle doit être examinée. La copropriété est l'effet d'un contrat, d'une succession, d'un mariage, d'un legs, de la loi. Il est impossible de grouper dans une même étude la mitoyenneté, le mélange, l'objet légué à plusieurs, l'acquisition faite en commun, ou encore les sociétés et les indivisions héréditaires. Il vaut mieux étudier séparément les situations, à propos du voisinage, de l'accession, des testaments et donations, des ventes, des sociétés, des successions et des contrats de mariage, comme le fait le Droit français. En un mot, la copropriété est un effet de diverses situations juridiques et non une situation juridique

distincte. A première vue, cette idée paraît étrange, puisqu'il y a un point commun, qui est le fait que plusieurs sont à la fois propriétaires d'une chose, mais l'impossibilité où ont été les législateurs suisses et allemands d'éviter des groupements artificiels de cas entièrement distincts, montre bien que l'idée est juste.

1228. Avec la question importante du transfert de la propriété immobilière, nous abordons un problème juridique extrêmement intéressant. Il s'agit de savoir si le Droit civil n'est pas amené à revenir parfois sur ses pas, à reprendre, tout en les modifiant, des idées qui paraissaient tombées en désuétude, et si, en résumé, le progrès ne consiste pas, au moins en certains cas, à revenir en arrière et à parcourir un circuit fermé.

1229. Nous ne pouvons que renvoyer à la magistrale étude de M. Planiol pour l'examen de la question du transfert de la propriété immobilière. En réalité, dès le jour où une *traditio* physique ne fut plus nécessaire pour ce transfert, et il en était ainsi dès le temps de Gaius, le consentement suffit pour que la propriété fût transférée. Or, l'organisation du Registre foncier, où l'autorité de l'Etat apparaît comme nécessaire à ce transfert, et où le transfert exige un acte matériel, nous rapproche singulièrement du temps où, à Rome, les contrats étaient solennels, et où la solennité suffisait à l'existence du contrat. La conquête apparente qui, depuis le temps de Gaius jusqu'au moment où fut promulgué le Code allemand et le Code suisse, paraissait définitive, est abandonnée; le consentement ne suffit plus; il faut en outre une solennité juridique à l'occasion de laquelle intervient l'autorité de l'Etat. Nous nous empressons d'ajouter qu'il n'y a pas grand'chose de changé, en réalité. Si la notion du contrat purement consensuel perd du terrain, c'est pour la raison pratique que le contrat n'existe jamais sans sa preuve, et que cette preuve est nécessairement matérielle, ou solennelle si l'on préfère, qu'il s'agisse d'aveu, de serment, d'acte sous seing privé ou notarié, ou d'inscription sur un registre public, gardé par l'Etat, Livre foncier allemand ou Registre foncier suisse.

1230. Le simple consentement a donc paru, comme autrefois à Rome, insuffisant pour transférer la propriété. A vrai dire, ce n'est pas dans les temps modernes que l'idée du transfert par le seul consentement est née, c'est dès le temps de Gaius, comme nous venons de le rappeler, quand on avait admis que la tradition de la chose pouvait être immatérielle, juridique, et non physique. D'autre part, c'était une illusion que de croire le consentement entièrement suffisant pour le transfert de la propriété.

Que le législateur le dise dans un texte théorique, c'est fort bien ; mais, en pratique, le consentement ne suffit pas ; il faut qu'il soit accompagné de sa preuve, et cette preuve est toujours matérielle, qu'il s'agisse d'aveu ou de serment, ou d'une preuve par témoins, ce qui rappelle la *stipulatio*, la *mancipatio*, ou l'*in jure cessio*, ou qu'il s'agisse d'un acte écrit sous seing privé ou authentique ; il résulte de là que tout contrat pour être efficace, exige une solennité, quelque rudimentaire qu'elle soit.

1231. Il en résulte aussi que la notion romaine de la vente, génératrice d'obligations personnelles, et non translatrice de propriété, n'avait pu entièrement disparaître, puisque, dans la pratique, il faut toujours un acte matériel qui marque le moment où le transfert de propriété est devenu certain.

1232. Cependant, il est bien évident que la notion du transfert de la propriété par le seul consentement, étant devenue une loi, posée en termes impératifs par le Code civil français, a forcément produit des effets pratiques importants, et a changé d'abord les formules des actes, et ensuite le fonctionnement général du contrat de vente.

1232. Il paraît bien cependant que le vieux contrat de vente romain présentait des avantages, puisque, pour échapper au transfert de la propriété, diverses combinaisons furent inventées ou utilisées : promesses de vente, emptions, options. Spécialement en matière mobilière, la vente romaine reparaît, avec des contrats par lesquels de grandes maisons d'ameublements, ou autres, vendent à tempérament, avec réserve de propriété. Sans doute, la jurisprudence est hésitante, sinon hostile, en présence de ces contrats ; cependant l'idée subsiste : il peut être utile qu'un contrat de vente ne soit pas translatif de propriété.

1233. C'est pourquoi le législateur allemand, et, ensuite, le législateur suisse sont revenus résolument à l'idée romaine de la vente génératrice d'obligations personnelles, et ne transférant pas la propriété.

1234. En agissant ainsi, ils ne provoquent nullement, du reste, une révolution juridique. Nulle part, le consentement n'avait produit l'effet matériel de faire passer une chose d'une main dans l'autre ; il fallait toujours un fait matériel, acte écrit ou jugement, ou tout au moins manifestation extérieure du consentement, et c'était l'équivalent de la *traditio* romaine. Vis-à-vis des tiers, il fallut, du moins à certaines époques, l'enregistrement, ou un autre fait, ou la transcription donnant au consentement la précision d'une date certaine.

1235. Le mérite des législateurs récents fut de comprendre la nécessité d'en revenir nettement, dans la loi écrite, à la vieille notion romaine,

et d'exiger, outre le consentement, un fait matériel, qui a les avantages de la *traditio*, supprime les fictions des traditions feintes, constitut possessoire, tradition de brève ou longue main, et exige une véritable tradition physique, sous la forme d'une écriture faite dans un livre tenu par une autorité publique.

1236. C'est fort bien ; c'est même excellent. Il n'y a qu'une fissure à l'ouvrage, et il se peut qu'elle reste imperceptible pendant des siècles. Mais il est permis de rappeler qu'un livre tenu par l'Etat est un livre comme les autres, fait de papier, et qu'une guerre, une révolution, une émeute, une catastrophe physique ou politique peut détruire les papiers les plus précieux, et avec eux l'admirable organisation du Livre et du Registre foncier.

1237. Laissons ces hypothèses pessimistes, et admirons les avantages du système suisse du transfert de la propriété, spécialement de la propriété immobilière. Au point de vue de la preuve de la propriété, de la facilité de la transmettre, et d'utiliser, même en le morcelant et en le divisant, le crédit immobilier, le système du Registre foncier est incomparable.

1238. Il n'est pas parfait cependant, car il peut aboutir à des résultats injustes. Ainsi, pour reprendre l'excellent exemple cité par M. Wieland, et que nous avons rappelé à plusieurs reprises, un héritier testamentaire peut se trouver dépouillé lorsque l'héritier légal, inscrit au Registre parce que l'existence du testament était inconnue, a vendu l'immeuble à un tiers de bonne foi, et est devenu insolvable. Le législateur pourrait éviter ces inconvénients en ordonnant le dépôt des testaments entre les mains d'un officier public, et en décidant que les mutations par décès ne s'opéreraient qu'après avis aux officiers publics dépositaires des testaments.

1239. L'organisation du Registre foncier a réagi sur l'usucapion. La prescription acquisitive, en matière immobilière, et la prescription libératoire des servitudes et charges deviendront, par le fait, très rare, et c'est une garantie de stabilité donnée à la propriété immobilière.

1240. Nous avons relevé une différence intéressante entre les législations française, suisse et allemande, en ce qui concerne l'étendue de la propriété en hauteur et en profondeur. En France, la propriété s'étend indéfiniment dans les deux sens. A vrai dire, cette règle est limitée par le bon sens, et personne ne s'est jamais cru propriétaire d'une étoile parce qu'elle passe au zénith de son champ. Cependant, même pour les mines profondes, la notion est respectée et le propriétaire, exproprié de son tréfonds, reçoit une indemnité.

1241. En Suisse, la propriété est limitée, en hauteur et en profondeur, par la dimension utile à son exercice. En Allemagne, elle n'est pas limitée, mais le propriétaire ne peut s'opposer aux actes qui se passent à une hauteur ou à une profondeur telles qu'il n'ait pas intérêt à les empêcher.

1242. Il y a là, en ce qui concerne la hauteur, une première ébauche du Droit aérien, dont il faut bien commencer à s'occuper. Il est certain qu'un propriétaire, même en France où les termes de la loi lui confèrent un droit illimité sur l'espace aérien, ne sera pas admis à se plaindre du seul fait qu'un aéroplane ou un dirigeable passe au-dessus de sa propriété à une grande hauteur. Et si un dommage est causé par la chute d'objets quelconques, l'auteur du dommage sera responsable de sa faute personnelle, et non à raison de la violation de propriété.

1243. Mais si l'on transpose ces notions dans le Droit international public, on arriverait à ce résultat, qu'avec l'idée française, une nation a le droit de refuser aux autres la faculté de survoler son territoire. L'idée suisse, et même l'idée allemande peuvent autoriser à admettre l'existence d'une haute atmosphère, analogue à la mer extraterritoriale, et internationale comme celle-ci. Cependant, une grave objection peut être formulée contre cette idée; pour l'exercice de sa souveraineté, la nation peut avoir besoin de toute la hauteur praticable de l'atmosphère, et elle peut avoir intérêt à empêcher tout survol, afin d'éviter des fraudes douanières, d'éviter que l'on n'échappe à la surveillance des autorités, et surtout pour empêcher la divulgation des organisations militaires secrètes. A l'avenir à résoudre le problème.

1244. Toujours moins rigide que le Code français, et ne donnant pas au droit de propriété ce caractère absolu que lui donne ce code, la loi suisse ne permet pas de demander la démolition d'un ouvrage qui empiète, quand il a été construit par un voisin de bonne foi; contre cet empiètement, il fallait protester immédiatement; faute de protestation, l'empiètement subsistera, sauf indemnités.

1245. A propos du transfert de la propriété par voie de succession, nous avons observé que le Code suisse, dans le cas où un cohéritier veut céder son droit à un tiers, donne aux autres cohéritiers un droit de préemption, préférable à notre retrait successoral. Nous avons ajouté, en suivant l'avis autorisé de M. Planiol, que le plus simple serait de laisser tout cohéritier libre de céder son droit conformément au droit commun, et que le retrait successoral ou la préemption présentaient au moins autant d'inconvénients que d'avantages.

1246. Quant au régime des eaux, et à la question si importante de

la houille blanche, le législateur a reculé devant la complication de sa tâche, et a laissé les cantons libres de légiférer. Signalons cependant la disposition très heureuse qui donne au propriétaire d'une source une action contre le propriétaire supérieur qui coupe sa source.

1247. Le Code civil suisse n'a pas été, comme le législateur français, qui sortait de la Révolution, effrayé par le mot de servitudes personnelles; il a admis le mot, notamment pour l'usufruit, et il a fort bien fait. Il a en outre admis la chose et a accepté cette idée, qu'il est permis de discuter, qu'une servitude peut être constituée au profit d'une personne. Dans cette voie, on peut aller loin, même trop loin et l'on peut, comme nous l'avons observé, arriver à rétablir quelque chose qui ressemble fort aux anciennes corvées.

1248. Dans la matière de l'usufruit, nous avons relevé d'excellentes dispositions relativement aux mines et aux forêts.

1249. L'idée d'écrire en toutes lettres qu'un possesseur peut repousser par la force un usurpateur, peut paraître hardie et dangereuse. Nous l'avons cependant approuvée. Partout, la machine judiciaire est lente à mouvoir, et l'idée que nul ne doit se faire justice à soi-même suppose une justice parfaite et ayant l'œil partout, ce qui n'est pas de ce monde.

1250. Par contre, et à plusieurs reprises, nous avons exprimé le regret que le législateur suisse, en termes plus dangereux encore que ceux employés par le législateur allemand, ait admis la théorie de « l'abus du droit » et ait donné au juge un texte pour lui permettre de violer ouvertement la loi. Nous persistons à croire cette théorie dangereuse, parce qu'elle sera l'appui des juges doués de trop d'imagination, qui auront un texte de loi pour justifier leurs fantaisies. Nous la croyons inutile parce que, dans tout procès, il y aura toujours des arguments de fait qui empêcheront d'appliquer d'une manière inique des lois dont le but est d'établir l'équité, et qui sont écrites dans un sens et dans un esprit équitables.

1251. En Suisse, désormais, tout acte de vente d'immeuble, et tout acte translatif de propriété immobilière doit être authentique. Voilà une disposition excellente qu'il faudrait bien appliquer chez nous, ce qui éviterait beaucoup de surprises, de fraudes, de ventes au cabaret, de ventes faites chez des agents d'affaires douteux, sans compter les ventes non transcrites et les surprises provenant de l'existence d'hypothèques légales occultes.

1252. Nous avons constaté les efforts louables faits par le législateur suisse pour éviter le morcellement des exploitations agricoles; il a cherché à éviter le retour des opérations des spéculateurs de terrains, et à conser-

ver à l'agriculture l'avantage des ensembles de propriétés formant un tout.

1253. Nous avons remarqué que la théorie des risques en matière de vente immobilière était un peu compliquée dans le Code suisse. Le législateur a paru embarrassé par ce fait qu'il a entendu rendre l'inscription au Registre foncier nécessaire au transfert de la propriété par vente, mais qu'il a voulu éviter de faire de la vente un contrat formel, en laissant à la volonté un rôle indispensable pour le transfert.

1254. De même que la loi suisse a cherché à éviter le morcellement des exploitations agricoles, de même elle a cherché à conserver le domaine de famille, par l'organisation du bien de famille, de l'indivision de famille, des asiles de famille. Le Play eût applaudi à ces efforts. Réussiront-ils ? L'avenir le dira. L'expérience malheureuse de la loi française sur le bien de famille n'est pas encourageante. Il n'y a dans cette voie qu'une solution radicale, c'est la liberté de tester, ou tout au moins celle de léguer tous les immeubles à un seul descendant tenu d'indemniser les autres. Il faut convenir que l'on n'y tend guère.

1255. L'organisation du Registre foncier suisse est excellente, et paraît plus simple et mieux faite que celle du Livre foncier allemand. A la base du système se trouve le principe de l'effet constitutif de l'inscription, qui est nécessaire, en beaucoup de cas, au transfert du droit de propriété, et, dans tous les cas, à l'exercice de ce droit. A côté de ce premier principe, se trouve celui de la foi publique d'après lequel un tiers de bonne foi peut se fier absolument aux indications du Registre. Il en résulte une sécurité absolue pour les transactions immobilières, au grand avantage du crédit immobilier. Cependant, la rigueur du système est tempérée par le principe de la légitimité, qui veut que les inscriptions ne produisent tout leur effet que lorsqu'elles sont légitimes, ce qui suppose un acte ou un contrat régulier en la forme et au fond, et une libre volonté des parties.

1256. Il nous a paru intéressant de rappeler avec quelques détails l'institution de l'ancien cadastre de Savoie, qui peut être, dans une certaine mesure, considéré comme un Registre foncier, dans le sens du Code suisse, puisque ses indications avaient une importance considérable au point de vue de la preuve de la propriété. Nous avons déploré que le cadastre français ne soit qu'un instrument fiscal, sans importance au point de vue du Droit civil. Surtout, nous regrettons que le futur cadastre prévu en 1898 par la loi française, ne soit pas destiné à être un Registre foncier. Toutefois le législateur français a fait un pas timide dans ce sens, en don-

nant à ce cadastre autorité au point de vue de la délimitation des parcelles. Quant à l'organisation française de la transcription, nous avons vu quelles sont les justes critiques qu'elle soulève.

1257. Enfin, nous avons tenu à rapprocher le système australien de l'Act Torrens du système allemand et suisse du Livre et du Registre foncier. Nés aux deux antipodes, au milieu de lois et d'usages aussi différents que possible, ces deux systèmes présentent de frappantes analogies, parce qu'ils ont été créés sous l'empire du même besoin : rendre faciles et sûres les transactions immobilières et assurer le crédit immobilier. Et ce qui est plus curieux encore, c'est le rapprochement que nous avons pu établir entre l'idée féodale du retour de l'immeuble à la Couronne à chaque aliénation, qui est à la base du système australien, et l'idée exprimée par M. Wieland, qu'en Suisse, l'acquéreur inscrit au Registre est propriétaire *comme en vertu d'un mode originnaire*, idée qui se retrouve, en France, chez M. Levy, et, en Allemagne, dans l'œuvre de Ihering.

1258. Au point de vue de la preuve de la propriété, le système du Registre foncier est excellent. Il en résultera certainement une plus grande solidité pour le crédit immobilier. Cet avantage l'emporte de beaucoup sur l'inconvénient qui résulte de ce que ce mode de preuve est moins équitable que le système français de la preuve de l'occupation, de l'usucapion, ou de la preuve par titres préférables à ceux de l'autre partie. Nous avons adressé au Code suisse une petite critique, au sujet de sa crainte de voir les maisons divisées par étages. Sans doute, ce mode de division n'est pas à recommander, mais, pour ceux à qui il convient et est familier, il n'était nullement incompatible avec l'organisation du Registre.

1259. La responsabilité des cantons et des fonctionnaires pour tout dommage causé par la tenue du Registre est un sûr garant que celui-ci sera régulièrement tenu. Il en résultera encore un avantage considérable pour le crédit immobilier. Nous avons regretté que, pour les cas où un recours au Conseil fédéral avait eu pour résultat un dommage, il n'y ait pas, en cas d'erreur toujours possible de l'autorité fédérale, une responsabilité de la Confédération formulée en termes exprès.

1260. Les inscriptions provisoires des droits contestés, ou incomplètement prouvés, sont une fort heureuse institution, qui évitera beaucoup des inconvénients pouvant résulter de l'application rigide du principe de la foi publique.

1261. Il est très regrettable que le législateur suisse ait été effrayé à l'idée de la publicité sans réserve du Registre foncier, et ait limité cette

publicité, en termes vagues, du reste, aux intéressés. Le Registre doit montrer la propriété telle qu'elle est juridiquement, comme le terrain la montre physiquement, et, en France, la publicité complète des livres hypothécaires n'a jamais eu d'inconvénient. S'il y a des abus, les lois sur la diffamation, et les textes généraux sur les actes illicites suffiront à arrêter celui qui chercherait à discréditer une autre personne, en divulguant, par exemple, par la presse ou autrement, une situation hypothécaire obérée.

1262. L'idée de tempérer par l'équité, et notamment par le principe de la légitimité, ce qui paraissait trop rigide dans l'application stricte du principe de la foi publique, est louable en elle-même. Nous nous sommes demandé, cependant, si le crédit immobilier ne serait pas mieux garanti encore par un Registre foncier absolument *incontestable*, sous réserve, bien entendu, de rétablir l'équité par des condamnations à des dommages-intérêts.

1262. Le Code suisse n'a pas voulu admettre, en termes exprès, que le louage confère au locataire un droit réel. C'est regrettable; il faut absolument que l'on finisse par accorder aux locataires et fermiers un droit réel. Le Code suisse, du reste, par une heureuse disposition, leur donne les actions qui correspondent aux actions possessoires françaises.

1263. Il est permis de regretter que le législateur n'ait pas ordonné que le Registre serait tenu d'office au courant, tout au moins en ce qui concerne les transferts conventionnels de propriété. Puisque les actes de transfert sont authentiques, il était facile d'ordonner aux notaires d'envoyer un double de l'acte au conservateur du Registre, qui aurait fait la mutation.

1264. Peut-être trouvera-t-on exagérées les critiques que nous avons formulées au sujet de l'expression « gage immobilier » employée par le législateur suisse, en exposant que, dans son sens traditionnel, le mot gage s'applique plutôt aux choses mobilières, et surtout que, lorsqu'il s'agit d'un gage différé, n'entraînant pas dépossession, c'est le mot d'hypothèque qui convient, et non celui de gage. Nous persistons à penser que le sens bien défini et bien fixé des mots est important, particulièrement dans le langage du Droit, et qu'il eût été préférable de ne pas détourner un mot de son sens traditionnel. Nous avons remarqué que le législateur français avait commis la même erreur, en appelant nantissement des fonds de commerce, ce qui est, en réalité, une hypothèque mobilière.

1265. Les trois formes de gage immobilier admises par le Code suisse,

sont suffisamment variées pour répondre à tous les besoins, et sont fort pratiques. Le Code allemand présente un nombre exagéré de types d'hypothèques.

L'hypothèque suisse conviendra aux prêts ordinaires, où la créance n'est pas destinée normalement à circuler; elle conviendra aussi aux créances incertaines, conditionnelles, indéterminées, clauses pénales, hypothèque des femmes et des pupilles, ouvertures de crédit, comptes courants.

1266. La cédule hypothécaire et surtout la lettre de rente conviendront aux créances destinées à une circulation active, et seront un excellent moyen de mobiliser le crédit foncier. Nous avons regretté de voir la cédule hypothécaire, née en France, n'avoir pu y vivre, et s'acclimater au contraire à l'étranger.

1267. L'utilité de l'hypothèque judiciaire est très contestée. Nous avons estimé que son utilité dépasse de beaucoup ses inconvénients, et que le Code suisse, qui ne l'a pas admise, a peut-être commis une erreur. Les décisions de Justice n'existent pas par elles-mêmes; elles n'existent que parce qu'il y a, dans certains cas, des gendarmes et des soldats pour les faire exécuter de force, et, dans d'autres cas, des garanties juridiques protégées, elles aussi, par la force. L'hypothèque judiciaire est une de ces garanties; plus un créancier est sûr d'être payé, plus il est disposé à faire des conditions douces, et plus il y a de personnes disposées à prêter leurs fonds, ce qui établit entre elles une concurrence. Une législation qui ne met pas ses institutions juridiques protectrices et la force armée au service de ceux qui ont à réclamer l'exécution d'une obligation rend un mauvais service aux débiteurs; l'Etat qui ne protège pas les créanciers est le paradis des usuriers.

1268. Il ne faut pas considérer comme un dogme intangible le respect de la propriété immobilière dans tous ses détails; c'est pourquoi le Code suisse a sagement agi en autorisant et imposant, au besoin, les réunions parcellaires, de manière à éviter une répartition, une division et une délimitation absurde de la propriété. Déjà, à Rome, en matière de bornage, le juge avait le pouvoir d'*adjudicatio* qui lui permettait notamment de donner aux immeubles contigus des limites conformes à leur situation physique.

1269. L'utilisation du crédit immobilier sous une forme fragmentée a été admise d'une manière ingénieuse par le Code suisse, avec l'organisation des cases hypothécaires. Une hypothèque est à sa place, une fois pour toutes, et laisse avant elle un crédit immobilier disponible. Le créan-

cier ne peut se plaindre ; il a et conserve la place qu'il a acceptée au début. Peut-être même le Code suisse a-t-il été trop timide en décidant que, si des « cases libres » n'ont pas été occupées, les créanciers postérieurs avancent comme rang. Sans doute, cette règle est sans importance quand les inscriptions d'hypothèque ne dépassent pas le prix de l'immeuble vendu sur saisie ; car alors les créanciers chirographaires viennent après les créanciers hypothécaires, et il leur importe peu que leurs créances soient colloquées avant ou après les créances hypothécaires. Mais, si les inscriptions d'hypothèques dépassent le prix, nous ne verrions aucun inconvénient à ce que le créancier dernier inscrit ne reçoive hypothécairement que le solde du prix et vienne chirographairement pour le reste de sa créance avec les autres créanciers chirographaires sur les sommes afférentes aux cases libres. Il ne peut se plaindre, car il connaissait son rang, et il en résulterait une plus grande fixité du crédit hypothécaire.

1270. Dans le Droit suisse, tel qu'il est fixé par le Code civil, les indemnités d'assurance sont subrogées à l'immeuble qu'elles remplacent, cela au moins dans la plupart des cas. Cette question des indemnités d'assurance est intéressante à suivre ; à l'origine, l'indemnité d'assurance ne représentait pas l'objet assuré, mais bien un capital mobilier payé par l'assuré, en échange d'une créance mobilière conditionnelle ou aléatoire, selon qu'il s'agit d'une société d'assurance ou d'une assurance mutuelle. Mais, avec le développement et la généralisation des assurances, il est naturel de voir la pratique réagir sur le Droit ; actuellement l'indemnité apparaît comme représentant l'objet assuré, et il paraît certain qu'à l'avenir, elle sera destinée partout à le représenter vis-à-vis des créanciers.

1271. Il nous a paru regrettable que le Code suisse laisse aux cantons la faculté d'accepter ou de rejeter l'institution de la purge hypothécaire. En tous cas, pour les cantons où elle sera admise, le Code civil l'a organisée d'une manière très simple et très pratique.

1272. Le Code suisse, qui a supprimé les hypothèques judiciaires, n'a pas supprimé les hypothèques légales, comme l'a fait le Code allemand. Les cantons ont été chargés de légiférer sur les hypothèques légales garantissant des créances du Droit public, taxes et impôts divers.

1273. En Droit privé, la loi suisse confère une hypothèque légale, en écartant à juste titre la dénomination de privilège, au vendeur, au copartageant, et aux artisans et entrepreneurs. Le rang de ces hypothèques n'est pas fixé avec une précision suffisante.

1274. L'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs est orga-

nisée en termes plus simples que dans le Code français. Elle a l'inconvénient d'être temporairement occulte, et son rang est fixé d'une manière qui peut prêter à contestation. En outre, nous avons vu la situation équivoque faite aux artisans et entrepreneurs, avec le recours personnel que leur donne la loi contre les créanciers préférables. A ce point de vue, le droit de préférence donné aux entrepreneurs et ouvriers par le Code français, sur la plus-value due à leurs travaux, est plus pratique. Mais la complication du système français l'a empêché de se développer. L'avenir dira ce que deviendra l'institution du Code suisse.

1275. La cédule hypothécaire, quoiqu'elle se rapproche de l'hypothèque suisse en ce qu'elle se rattache, comme elle, à une créance personnelle, ressemble, par sa forme, et par ses moyens de circulation, à la lettre de rente dont elle diffère en ce que cette dernière n'est rattachée à aucune créance. C'est pourquoi le Code suisse étudie ensemble la cédule et la lettre de rente. La cédule est une hypothèque circulante, la lettre de rente est un gage immobilier, qui se suffit à lui-même et est destiné à une circulation plus intensive encore, parce qu'en principe elle n'est pas destinée à être remboursée, et qu'elle est gagée sur un immeuble évalué par l'autorité, et bénéficie de cette évaluation, ainsi que de la responsabilité du canton si l'évaluation est mal faite.

1276. Nous avons, tout en signalant les différences, relevé le lien de filiation qui existe entre la lettre de rente et notre vieille rente foncière. Nous avons remarqué à ce sujet que de vieilles institutions, tombées dans l'oubli, peuvent s'accommoder à de nouvelles situations juridiques, et reprendre une nouvelle jeunesse.

1277. La loi suisse a admis l'existence de l'hypothèque sur soi-même. La notion de cette sorte d'hypothèque s'impose dans certains cas, par exemple dans le cas prévu par l'article 1251, § 2 C.C.F., lorsque l'acquéreur d'un bien emploie son prix au paiement des créanciers hypothécaires. En ce cas, il faut bien que l'hypothèque subsiste, quand même l'acquéreur n'a fait que payer sa dette, afin que les créanciers postérieurs n'avancent pas en rang pour se faire payer à leur tour. Un système de cases hypothécaires absolument immuables supprimerait, même en ce cas, la nécessité de l'hypothèque sur soi-même.

1278. Mais, dans les autres cas, notamment pour la cédule et la lettre de rente restant ou revenant aux mains du propriétaire, nous croyons que l'idée de l'incorporation du droit de créance dans un papier-valeur suffit à expliquer tout, sans avoir besoin de la notion de l'hypothèque sur soi-même, aussi artificielle que celle d'une servitude sur soi-même.

1279. Les auteurs du Code civil suisse ne se sont pas bornés à faciliter l'utilisation du crédit immobilier en permettant de le faire circuler sous la forme de titre ou au porteur; ils ont encore voulu en faciliter la dissémination, en permettant de donner à ces titres la forme d'obligations de faible valeur, semblables, par leur forme tout au moins, aux petites obligations du Crédit foncier de France, dont on connaît le succès, dû en partie, il est vrai, à l'appât de lots que chacun espère et que bien peu reçoivent.

1280. Les combinaisons prévues par le Code suisse sont diverses : d'abord on peut constituer une hypothèque ou une cédule, et la diviser en obligations nominatives ou au porteur. En France, on voit de même la pratique avoir imaginé les obligations hypothécaires des sociétés. Ensuite, on peut constituer une créance hypothécaire, et constituer ensuite, au profit des obligataires, un gage sur l'hypothèque selon M. Wieland, sur la créance hypothécaire, selon nous. Cette combinaison est également possible en France, mais, comme pour la précédente, il eût été bon que la loi française en réglât les détails.

1281. Enfin, il est encore possible de créer de véritables titres hypothécaires, cédules ou lettres de rente, émises en série. Nous avons discuté à ce sujet la question de savoir si tous ces titres émis en série doivent avoir pour gage, comme nous le pensons, les mêmes immeubles.

1282. De plus, en plaçant avec raison cette règle dans la matière du gage mobilier, le Code civil suisse permet à des établissements privilégiés de créer des lettres de gage, assorties d'un droit de gage mobilier sur les créances hypothécaires et autres de l'établissement d'émission, sans qu'il soit nécessaire de suivre les règles ordinaires du gage mobilier.

1283. Nous avons cru devoir rechercher si le Code civil suisse avait ou non admis le droit de rétention en matière immobilière. Nous avons considéré que le droit de rétention repose tantôt sur la notion de *debitum cum re junctum*, tantôt sur la notion d'*exceptio non adimpleti contractus* qui est un cas particulier de l'*exceptio doli*. Nous croyons qu'en Suisse, le droit de rétention, en tant qu'il repose sur l'idée de *debitum cum re junctum*, n'existe que dans le cas prévu par l'article 939 C.C.S., c'est-à-dire au profit du possesseur de bonne foi, qui peut retenir la chose jusqu'à ce qu'il ait été indemnisé des impenses nécessaires et utiles qu'il a faites. Au contraire, nous croyons que, basé sur l'idée d'*exceptio non adimpleti contractus* le droit de rétention est admis d'une manière générale par le Droit suisse.

1284. Dans la partie qui fait l'objet de cette étude, c'est-à-dire dans la

partie qui traite des droits réels immobiliers, le Code civil suisse nous est apparu comme simple et pratique, plus simple et plus pratique que le Code civil allemand.

1285. Comparé au Code civil français, le Code suisse, toujours dans la même matière, présente une supériorité pratique incontestable, avec une curieuse tendance à revenir au formalisme. Lorsque le régime immobilier et hypothécaire français sera l'objet de la refonte qui s'impose, le législateur français pourra puiser dans l'œuvre du législateur suisse de nombreuses et excellentes idées.

1286. Mais il ne faut pas oublier que le législateur suisse a vu son œuvre grandement facilitée par le fait qu'il venait après d'autres et travaillait sur un Droit déjà codifié. Sans diminuer en rien le mérite des législateurs qui ont codifié le Droit civil dans les diverses nations, il faut cependant rappeler qu'ils n'ont eu qu'à imiter l'exemple donné, en premier lieu, par la France.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage.

A

Absents 157, 160 ss., 874 ss.
Abus du droit 51, 223, 225, 239, 290, 572, 1032, 1083, 1217, 1250 ss.
Accession 83.
Accessoires 62 ss., 64-67, 69-73, 75-77, 494, 660, 758 ss., 804 ss., 1225.
Acquisition de la propriété 124 ss. 418 ss. (voir Propriété immobilière).
Act Torrens 20, 440 ss., 604, 617, 632, 1257.
Acte illicite, voir Bonne foi, Responsabilité.
Acte authentique 134, 141, 224, 307 ss., 464, 499, 551, 553, 582 ss., 596, 643, 655, 693, 702, 737, 882, 887, 933 ss., 943, 989 ss., 1041, 1114 ss., 1251 ss., 1263.
Acte sous seing privé 138, 224, 307 ss., 553, 583, 736, 737, 921, 1057.
Action paulienne 433, 736, 786, 968 ss.
Actions et obligations des sociétés 994, 1112, 1118 ss., 1131 ss., 1138, 1141 ss., 1163 ss., 1280 ss. (voir Titres nominatifs et au porteur).
Action possessoire 285 ss., 578, 620, 1262.
Adjudication 147, 427, 432, 606, 745, 752, 854, 916, 1013 (voir Jugement).
Aliénation (voir Vente immobilière).
Alignements 549, 795.
Allmends 722.
Améliorations (voir Propriété immobilière).

Amortissement 860 ss., 1107, 1119 ss., 1152 ss. 1158 ss.
Anatocisme 719.
Annotations (voir Registre foncier).
Annulation, nullité, rescision, résolution 428, 437, 539, 547, 584, 596, 636, 702, 711 ss. 841 ss. 879, 893, 949, 956, 1026, 1036, 1069, 1089 ss., 1145, 1160 ss., 1209 ss.
Antichrèse 466, 640, 674 ss., 680 ss., 713, 837.
Appropriance par bannie 418.
Architectes (voir Entrepreneurs).
Artisans (voir Entrepreneurs).
Asiles de famille 61, 239, 363 ss., 537, 1254.
Assignats (en Suisse) 894.
Assurances 778, 785, 790, 792 ss., 858, 862 ss., 1270.
Astreinte 782, 794.
Autorités de surveillance, 455, 507, 523, 525 ss., 629, 652, 664 ss., 668, 1037.
Autorité tutélaire 875.
Ayant cause 433 (voir Successions et Vente immobilière).

B

Bail (voir Louage).
Bannies (voir Appropriance par bannies).
Banque hypothécaire 807, 1163, 1170.
Bâtiment (voir Entrepreneur).
Bien de famille 13, 15, 16, 61, 89, 347 ss., 363 ss., 379 ss., 1254.
Biens-fonds 53 ss.

Bonne foi; mauvaise foi; dol; fraude; délits; actes illicites 142, 168 ss., 223, 299, 300, 336, 337, 389, 434, 454 ss., 463, 471 ss., 481, 509 ss., 537, 543, 587 ss., 611 ss., 619 ss., 625 ss., 634, 703, 736 ss., 748, 764, 776 ss., 792 ss., 812, 936 ss., 969 ss., 978 ss., 987, 1005, 1024 ss., 1028 ss., 1076 ss., 1094 ss., 1107 ss., 1171 ss., 1206 ss., 1255, 1283.

Bornage 168, 413, 752, 1256, 1268.

C

Cadastre (ancien cadastre de Savoie) 20, 391 ss., 447, 456, 1256.

Cadastre (cadastre français) 399, 405, 410 ss., 1256.

Caisses d'épargne 1165.

Cancellation (voir *Registre foncier*).

Cantons (voir *Droit cantonal* et *Responsabilité*).

Captation (voir *Bonne foi*).

Carrières (voir *Mines*).

Cas fortuit, force majeure, fait du prince 334, 789.

Case hypothécaire 32, 585, 693, 748, 816 ss., 890 ss.

Case libre 816 ss., 826 ss., 861, 888, 895, 901.

Cause 712.

Cause illicite ou immorale 1026 (voir *Bonne foi*).

Cautio damni infecti 176 ss.

Caution (voir *Sûreté*).

Caution réelle 708, 733, 877, 883, 896, 914, 986, 996, 1072, 1101.

Cautionnement (voir *Sûreté*).

Cédule hypothécaire 31, 32, 347, 543, 548, 655, 676 ss., 700 ss., 716 ss., 748, 820, 834, 877 ss., 978 ss., 981 ss., 1004, 1017 ss., 1116, 1131 ss., 1141 ss., 1266 ss., 1275 ss.

Cession de créance, 679 ss., 702, 865,

879, 930 ss., 983, 1022 ss., 1033 ss., 1050 ss.

Cession de loyers ou fermages 767 ss.

Cession de priorité 821.

Charge maximale 1145 ss. (voir *Maximum*).

Charges foncières 215, 254, 257 ss., 481, 491, 614, 670, 813 ss., 998, 1007, 1008.

Chemins d'exploitation 94.

Chemins de fer 487.

Clause pénale (voir *Créance incertaine, conditionnelle, variable, etc.*).

Clôture 190.

Code civil allemand, en général, 19, 1224 ss.

Code civil suisse, en général, 3, 14, 21, 41 ss., 1221 ss., 1285, 1286.

Codification, en général 1, 2, 5.

Codification du Droit civil suisse (historique) 18, 22 ss.

Cohéritier 942 ss. (voir *Propriété de plusieurs sur une chose*; *Partage*; *Succession*).

Communauté (voir *Propriété de plusieurs sur une chose*).

Communauté conjugale; *Régimes matrimoniaux*; *Créances des femmes mariées* 89, 91, 100 ss., 111, 115, 558, 609, 613, 894, 1265.

Commissoire (pacte); (voir *Pacte commissaire*).

Commune 723 ss.

Compensation 702, 867, 1094, 1171, 1189, 1203.

Complainte 285 ss., (voir *Actions possessoires*).

Composition de l'ouvrage 15 ss.

Compte courant 893 ss., 1265 (voir *Créance conditionnelle, incertaine, variable*).

Compulsoire 666.

Concessions hydrauliques (voir *Eaux*).

Condition 311, 679 ss., 697 ss., 716 ss.
voir Créances conditionnelles).
Condition résolutoire tacite 841 ss.
Confusion 902 ss.
Conseil fédéral (plainte au) 653.
Consentement 124 ss., 142, 420 ss., 494,
552 ss., 632 ss., 727, 748, 829, 859,
866, 896, 904, 924, 942, 1039, 1220,
1229 ss., 1255 ss.
Conservateur du Registre foncier (voir
Registre foncier).
Conservation de la chose (frais pour la)
785, 791, 823, 849, 858, 939 ss.
964 ss.
Consignation 890, 1066 ss.
Consilium fraudis 969 (voir Bonne foi).
Constitut possessoire 125 ss., 283, 418,
1057, 1235.
Construction (voir Entrepreneur).
Constructions et plantations sur autrui
168-174, 1178 ss.
Contenance (voir Vente immobilière,
garantie).
Contrat de travail 947.
Contrat litteris 1102.
Contrats solennels 124 ss., 386, 587, 591.
Contrats synallagmatiques 841 ss.,
1171 ss.
Conversion de saisie en vente volontaire
(voir Saisie).
Copartageant 942 ss. (voir Propriété de
plusieurs sur une chose; Partage;
Succession).
Copropriété (voir Propriété de plusieurs
sur une chose).
Corporations 722 ss.
Coupes (voir Forêts).
Coupons 1067 ss., 1089 (voir Titres no-
minatifs ou au porteur).
Coutume (voir Usages locaux).
*Créance conditionnelle, incertaine, indé-
terminée, variable; clause pénale* 769
ss., 781, 827, 849 ss., 888 ss., 987 ss.,

1018 ss., 1026, 1076, 1265.
Créancier chirographaire 433, 435, 741,
766, 834.
Créancier hypothécaire, privilégié (voir
Hypothèque; Privilège).
Crédit foncier (Etablissements de) 707,
820, 831, 849, 993, 1118 ss., 1138 ss.,
1143 ss., 1163, 1280 ss.
Crédit immobilier 8, 9, 13, 572 ss., 604,
609, 615, 673 ss., 703 ss., 717, 728,
736, 780, 798, 831, 832, 861, 873,
888, 895, 926 ss., 993 ss., 1002 ss.,
1024, 1031 ss., 1044, 1059, 1085,
1088, 1096 ss., 1112 ss., 1159, 1168,
1237 ss., 1255 ss., 1269 ss.
Curateur 874, 875.
Curateur au délaissement 696.

D

Dation en paiement 867.
Debitum cum re junctum 1178 ss.
1283 ss.
Décrets de Justice (voir Purge).
Décrets volontaires (voir Purge).
Deeds (voir Act Torrens).
Défauts, défaut de contenance (voir Vente
immobilière).
Délai préfix 952 ss., 961 ss.
Délaissement 696.
Délégation 797, 909, 923, 1163.
Délégation hypothécaire 1128, 1135 ss.
Délimitation (voir Bornage).
Délivrance des titres 1035 ss.
Demande en Justice 526.
Dénonciation 906, 918, 996, 1007, 1013,
1146.
Dénonciation de nouvel œuvre 285 ss.,
(voir Cautio damni infecti).
Dépossession 679 ss., 699.
Dépôts d'épargne 1165.
Dépréciation (voir Propriété immobi-
lière).
Dessaisine, saisine 125 ss.

Destination du père de famille 223 ss.
Dette foncière allemande 679 ss., 697 ss., 716 ss., 1012 ss., 1022, 1033.
Dette réelle 883, 986 ss., 998 ss.
Distribution du prix de l'immeuble (voir *Ordre*).
Divorce 894.
Dol 338 (voir *Bonne foi*).
Domage (voir *Responsabilité*).
Donation 134, 427, 434 ss., 604.
Droit cantonal 23 ss., 28 ss., 44, 59, 187, 193, 199, 210, 212, 298, 306, 356 ss., 365, 371, 378, 482, 487, 499, 501, 502, 507, 536, 560, 602, 638, 641 ss., 667 ss., 719, 728, 736, 750, 812, 816 ss., 894, 912 ss., 917, 939 ss., 981, 992 ss., 1016, 1042, 1059, 1069, 1079, 1128, 1135, 1165, 1221, 1271, 1272.
Droit civil suisse (histoire de la codification) 22 ss.
Droit de préférence (voir *Gage immobilier*; *Hypothèques*).
Droit de rétention 299, 300, 1171, 1283 ss.
Droit de suite 922 ss., 1181, 1219.
Droits distincts et permanents 53, 55, 254, 490 ss., 648.
Droits personnels 529 ss., 620 ss.
Droits réels 214 ss., 381 ss., 1190, 1262, 1284.

E

Eaux, chutes d'eau, houille blanche, cours d'eau 56, 57, 190, 195 ss., 252, 257, 258, 487, 648, 748, 765, 1246.
Echange 929 (voir *Vente*).
Effets des titres émis en série 1156 ss.
Emption 178 ss., 309, 531 ss., 657, 1232.
Electricité, énergie électrique, 204 ss., 260 (voir *Eaux*).
Enclave (voir *Servitude de passage*).
Emission de titres fonciers 1113 ss., 1141 ss.

Empiètement 173-175, 192, 1244.
Emphytéose 432.
Endossement (voir *Titres à ordre et au porteur*).
Enregistrement 425, 426, 1234.
Entrepreneur, entreprise, artisans, architectes 345, 548, 559, 675, 796 ss., 860 ss., 866 ss., 942 ss., 946 ss., 1273 ss.
Epizooties (indemnité, destruction d'étable) 868.
Erreur (voir *Bonne foi*).
Erreurs d'écriture 661 ss.
Erreurs de traduction 1108.
Estimation officielle 917, 992 ss., 1005.
Etablissements d'émission 1132 ss., 1141 ss., 1156 ss., 1165 ss., 1170.
Etages 490, 643, 1258 (voir *Propriété immobilière*).
Eviction (voir *Vente immobilière, garantie*).
Exceptions 867, 879 ss., 987, 996, 1092 ss., 1219.
Exception de dol 1172 ss., 1283 ss.
Exceptio non adimpleti contractus 1171 ss., 1283 ss.
Exceptio rei venditae et traditae 578.
Exécuteur testamentaire 537.
Exécution forcée 147, 148, 558, 626, 845.
Exécution trait pour trait 1185 ss., 1216 ss.
Exploitations agricoles 312 ss., 371, 1252, 1254.
Extinction par novation 1024 ss.
Expropriation pour cause d'utilité publique 147, 148, 558, 626, 749, 795 ss., 1013.

F

Faillite 539, 893, 980, 1036.
Fait du prince 334, 789.
Faute 173, 175, 190, 299, 300 (voir *Bonne foi et Responsabilité*).

Femme mariée 538 (voir Communauté conjugale).

Fermier 80 (voir Louage).

Fondation de famille 348 ss.

Fondé de pouvoirs 1043, 1053, 1066 ss., 1112, 1216 ss., 1131 ss., 1138 ss.

Fonds dominant, fonds servant (voir Servitudes).

Force majeure 334, 789.

Forclusion 159 ss., 405, 950, 961 ss., 1091, 1099.

Forêts 79, 248, 749, 778, 786.

Forme des titres en série 1145 ss.

Frais de poursuite 849, 852, 854.

Frais pour la conservation de la chose 785, 791, 823, 850, 858, 939 ss., 964 ss.

Fraude (voir Bonne foi).

Fruits 78 ss., 79-84, 296, 299, 300, 760 ss., 864 ss., 1001, 1226.

G

Gage collectif 926 ss.

Gage immobilier, en général 44, 98, 262, 373, 381, 469 ss., 488, 491, 562, 566, 606, 655, 673 ss., 679 ss., 724 ss., 1221, 1264 ss.

— Caractère accessoire 706 ss., 890 ss., 931, 1056.

— Constitution et extinction 736 ss., 835 ss.

— Définition, 679 ss., 697 ss.

— Droit ancien cantonal 28 ss.

— Effets 758 ss.

— Etendue de la garantie 849 ss.

— Indivisibilité 818, 828, 925 ss.

— Prohibition des autres formes 711 ss.

— Réalisation (voir *Réalisation*).

— Spécialité quant à la créance 715 ss., 852.

— Spécialité quant à l'immeuble grevé 724 ss.

Gage légal 559, 736, 865 ss.

Gage mobilier 679 ss., 840, 865 ss., 1026, 1138, 1140, 1164 ss.

Garantie 1027 (voir Vente immobilière).

Gardance de dams 125, 894.

Gérant de l'indivision 361 ss.

Grêle (voir Assurances).

H

Habitation (voir Usufruit).

Habitations à bon marché 369, 370.

Héritiers légaux ou testamentaires, (voir Succession).

Houille blanche (voir Eaux).

Hypothèque, en général 17, 32, 262, 379, 421, 423 ss., 466 ss., 655, 673 ss., 679 ss., 700 ss., 724 ss.

— au porteur (voir Titres à ordre et au porteur).

— en Allemagne 679 ss., 702 ss., 1047 ss.

— en Suisse, généralités, 543, 548, 673 ss., 679 ss., 700 ss., 876 ss., 1131 ss., 1221, 1266 ss.

— caractère accessoire 695 ss., 709 ss., 748.

— générale, 724 ss., 735 ss., 913, 948 ss.

— indivisibilité 731 ss., 818, 826, 845 ss., 913, 925.

— judiciaire 724, 736, 747, 887, 961, 1267, 1272.

Hypothèque légale 481, 717, 724, 728, 887, 894, 911, 926, 939 ss., 1272, 1273.

— occulte 728, 736, 791, 852, 858, 873, 939 ss., 953 ss., 1274.

— sur soi-même 30, 695, 704, 706, 745, 748, 819, 830, 834, 902 ss., 1044 ss., 1098, 1099 ss., 1277.

I

Immeubles (voir Propriété immobilière).

Impenses 735, 858, 1172 ss., (voir Ré-tention, droit de).

Incapables (voir Minorité).

Incendie (voir Propriété immobilière, dépréciation et Assurances).

Indemnité (voir Responsabilité, Assurances).

Indemnité pour perte d'immeuble 748, 753, 757, 789, 790, 792 ss., 862 ss.

Indivis (hypothèque légale) 942.

Indivisibilité de l'hypothèque 731 ss., 818, 828, 845 ss., 913, 925 (voir Gage immobilier: indivisibilité).

Indivision (voir Propriété immobilière : propriété de plusieurs sur une chose).

Indivision de famille 349 ss., 1254.

Indivision en participation 361, 1254.

In jure cessio 125, 418.

Inscription (voir Registre foncier : inscriptions).

Inscription des titres 1153 ss. (voir Registre foncier : inscriptions).

Insinuation 418, 434, 435.

Intérêts 719 ss., 769, 802, 808, 818, 829, 849 ss.

J

Jugements 427, 428, 578, 580, 626, 632, 633, 653, 736, 824, 887, 1066, 1220.

L

Légitime, Réserve héréditaire (voir Succession).

Légitime défense 286 ss., 1249.

Legs 94, 428.

Lésion (voir Vente immobilière).

Lettres de gage 1046, 1118 ss., 1129, 1164 ss.

Lettres de ratification (voir Purge).

Lettres de rente 32, 266, 347, 543, 548, 655, 676 ss., 700 ss., 716 ss., 748, 820, 829 ss., 834, 877 ss., 932 ss., 978 ss., 983 ss., 998 ss., 1017 ss.,

1128, 1141 ss., 1266 ss., 1275 ss.

Lex commissoria 836 ss.

Limite de charge 992 (voir Maximum).

Livre foncier allemand (voir Registre foncier suisse, *passim*).

Lois d'introduction (v. Droit cantonal).

Louage, location, fermier, bail 80, 168, 169, 176 ss., 427, 432, 530 ss., 620, 621 ss., 657 ss., 766 ss., 782, 797, 869, 1262.

M

Magasins généraux 798, 871.

Maîtrise de fait (voir Possession).

Mancipation 125, 418, 1229.

Maximum, créance maximale, limite de charge 715, 719 ss., 755, 827, 849, 891 ss., 1003 ss., 1146 ss.

Mauvaise foi (voir Bonne foi).

Mines, minières, carrières, tourbières 12, 53, 60, 79, 247, 249, 485, 648, 1001, 1240 ss.

Mitoyenneté (voir Propriété de plusieurs sur une chose).

Meubles, Mobilier (voir Accessoires; Gage mobilier; Mobilier d'hôtel).

Mineur, Minorité 894, 1022, 1265.

Mobilier d'hôtel 759, 762, 763.

Modification de l'obligation et de ses accessoires 1104 ss. (voir Cédula hypothécaire; Lettre de rente).

Mortalité du bétail (voir Assurances).

Mort-gage 467 ss.

N

Nantissement (voir Gage mobilier).

— (pays de) 418.

Nature des titres émis en série 1145 ss.

Navire (voir Assurances).

Négligence (voir Bonne foi; Responsabilité).

Notaire 1112 ss. (voir Acte authentique).

Notes marginales 71.

Novation 702, 703, 919, 923 ss., 1024 ss.

Nullité (voir *Annulation*).

O

Obligatio bonorum 30 (voir *Hypothèque* en général).

Obligation illicite et immorale 1026 (voir *Annulation*).

Obligation de vérifier 339 (voir *Registre foncier*, *Conservateur*).

Obligations des Sociétés (voir *Actions* et *obligations des sociétés*).

Obligations foncières 1118 ss., 1130 ss.

Occupation 146, 148, 157 ss., 162, 480, 604, 625, 1257, 1258.

Office des poursuites 731, 834 ss., 867.

Ordonnance sur le Registre foncier.

Ordre (*Procédure d'*) 726, 735, 760, 848 ss., 867, 887, 898, 926.

Ouverture de crédit 493 ss., 1265 (voir *Créance conditionnelle*, *variable*, etc.).

Ouvriers (voir *Entrepreneurs*, *artisans*).

P

Pacte commissoire 836 ss.

Paiement 702, 1060 ss., 1094 ss., 1097 ss., 1103.

Papiers-valeur (voir *Titres à ordre* ou *au porteur*).

Partage 94, 98, 113 — 120, 122, 123, 223, 347 ss., 428, 559.

Parties intégrantes 62 ss., 70, 74, 75, 77, 81, 83, 758 ss., 864 ss., 1225.

Passage (voir *Servitude de passage*).

Péremption de l'inscription 898.

Perte de l'immeuble (*extinction du gage*) 748, 789, 792 ss.

Perte, vol 764 ss., 1036, 1069, 1089.

Plainte 526, 627, 653.

Plan de l'ouvrage 15 ss.

Plans du terrain (voir *Registre foncier*,

plans).

Plantation (voir *Construction* et *plantations sur autrui*).

Plus-value 946 (voir *Propriété immobilière*, *améliorations*; *Constructions* et *plantations sur autrui*).

Possession 154 ss., 273 ss., 467, 578, 775, 1198 ss., 1212 ss., 1283.

Préemption 61, 99, 178 ss., 309, 531 ss., 633, 656 ss., 1245.

Prescription acquisitive (v. *Usucapion*).

Prescription libératoire 226, 268, 269, 293, 339, 345, 423, 522, 545, 624, 769 ss., 785, 857, 930, 950, 1067, 1090.

Prêt 741, 918, 974 ss., 1076.

Preuve 109 ss., 132 ss., 294 ss., 1102 ss., 1229.

Principe absolu (voir *Registre foncier*).

Privilège 423, 675 ss., 737, 823, 843, 872, 887, 939 ss., 1165, 1179, 1195, 1219, 1273.

Privilège des entrepreneurs et artisans (voir *Entrepreneurs*).

Privilège du vendeur (voir *Vente immobilière*).

Procédure provocatoire 1099.

Produits 79, 84, 1001.

Promesses de vente 842, 1232.

Propriété immobilière, en général 4-8, 12-14, 45 ss., 483 ss., 1258 ss.

— *Abandon, extinction, perte* 164 ss., 226 ss.

— *Acquisition, transfert* 62, 124 ss., 302 ss., 390, 418 ss., 436 ss., 443 ss., 1228 ss., 1253, 1262.

— *Améliorations* 781 ss., 859 ss., 953 ss., 1173 ss.

— *Constructions et plantations sur autrui* (voir *Constructions*).

— *Définition* 45 ss.

— *Dépréciation, détérioration de l'immeuble* 775 ss., 1008 ss., 1011 ss.

- *Division* (voir Réunions et divisions).
- *Droit des tiers* 49 ss.
- *Effets* 166 ss.
- *Etages* 484-486, 640, 670.
- *Etendue* 61 ss., 166 ss., 1240 ss.
- *Extinction* (voir Abandon, extinction, perte).
- *Immeubles par destination* 73, 1225.
- *Limitation* 48 ss., 61.
- *Mitoyenneté* (voir Propriété de plusieurs sur une chose).
- *Mobilisation* 9-11, 347 (voir Crédit immobilier).
- *Objet* 54 ss.
- *Parcellement* (voir Propriété immobilière, Réunion, Division).
- *Partage* (voir à ce mot).
- *Perte* 164 ss., 226 ss.
- *Portion principale* 503 ss.
- *Preuve* (voir ce mot et voir Registre foncier : principe absolu et foi publique).
- *Restrictions* 178 ss., 537 ss.
- *Réunion. Division* 227, 237, 267, 351, 660, 729, 925 ss., 997, 1008, 1015, 1112, 1268.
- *Réunions parcellaires* 749-757, 1268.
- *Revendication* 109-111, 646, 1172 ss. (voir Preuve et Registre foncier, *passim*).
- *Transfert* 62, 124 ss., 302 ss., 390, 418 ss., 436 ss., 443 ss., 1228 ss., 1253, 1262.
- Propriété de plusieurs sur une chose* 85 ss., 349 ss., 493, 556, 576, 643, 741 ss., 1227.
- *Copropriété* 61, 86, 91-95, 98-102, 105, 109-113, 117-120, 493, 556, 576, 605, 643, 670, 744 ss., 1227.
- *Indivision* 86, 88, 89, 94, 100, 103, 108-120, 493, 556, 576, 643, 744 ss., 1227.
- *Mitoyenneté. Indivision forcée* 86,

- 94, 98, 101, 103, 106, 108, 168, 493, 556, 744, 815, 1227.
- *Propriété commune* 61, 86, 88-90, 95, 99, 103, 111, 112, 113-120, 121-123, 349 ss., 493, 556, 576, 605, 643, 744 ss., 1227.
- Purge hypothécaire* 423, 745, 795, 810, 815, 905, 911 ss., 1271.

Q

- Querela non numeratae pecuniae* 1102.
- Quittance de loyers ou fermages* 767 ss.

R

- Rachat de la rente* 1008 ss., 1152 ss. (voir Lettre de rente).
- Rachat des charges foncières* 1008 ss. (voir Charges foncières).
- Rapport* 1173 ss. (voir Succession).
- Réalisation du gage* 731 ss., 788 ss., 835 ss., 844 ss., 928, 980, 1126 ss., 1137 ss., 1193 ss.
- Recours* (voir Autorités de surveillance, Responsabilité).
- Redevance foncière* 1012 (voir Mines).
- Régimes matrimoniaux* 89, 91, 100 ss., 111, 115, 558, 609, 613, 894, 1265.
- Registre foncier suisse et Livre foncier allemand. En général* 44, 311, 381 ss., 409, 410, 419, 427, 431, 441 ss., 502 ss., 673 ss., 702, 735 ss., 887, 930 ss., 1255 ss.
- *Accessoires. Parties intégrantes* 758 ss.
- *Annotations* 179, 491, 528 ss., 537 ss., 601, 657.
- *Cancellation des titres* 656 ss., 1069 ss., 1073 ss., 1097 ss., 1142, 1159, 1161.
- *Conservateur* 141, 143, 389, 443, 454 ss., 488, 498, 504, 506, 509 ss., 525 ss., 550, 563, 566, 571 ss., 582,

- 625, 632, 657, 703, 711 ss., 729 ss.,
930, 942, 984 ss., 993 ss., 1037 ss.,
1040, 1077, 1093, 1097, 1104 ss.,
1112, 1136, 1141, 1144, 1145, 1152,
1161, 1259.
- *Date des inscriptions* 583 ss., (voir
Rang).
- *Effets* 124 ss., 134 ss., 139, 574 ss.,
878 ss., 1022, 1035 ss., 1110 ss., 1214
ss., 1255 ss.
- *Extraits* 666 ss., 915.
- *Feuille* 491 ss., 520, 528, 616 ss.,
648 ss., 727, 729.
- *Foi publique* 139, 223, 385 ss., 443,
445, 505, 543, 587 ss., 611 ss., 703,
763, 878 ss., 936 ss., 987 ss., 1075 ss.,
1110 ss., 1255 ss.
- *Grand-Livre et autres Livres* 381,
476 ss., 568 ss., 580 ss., 654, 1140,
1144.
- *Immatriculation* 381, 479 ss.
- *Immobilisation* 979.
- *Inscriptions* 124, 134 ss., 139, 147,
156 ss., 173-175, 196, 213, 222, 236,
241, 242, 254, 265, 276, 297, 311, 314,
315, 324-326, 332, 373, 387, 478 ss.,
503 ss., 528 ss., 575 ss., 654 ss., 693,
711, 727, 842 ss., 939 ss., 1220, 1253.
- *Inscriptions provisoires* 528 ss., 540
ss., 567, 601, 659, 736, 793 ss., 1260.
- *Légitimation* 540, 547, 566 ss., 1069,
1087.
- *Livre-Journal* 497, 568 ss., 580 ss.,
648 ss., 654.
- *Livres divers* (voir Grand-Livre et
autres livres, et Registres acces-
soires).
- *Mentions* 486, 494, 657 ss., 828,
1104 ss., 1144.
- *Mesures transitoires* 669 ss.
- *Modifications* (voir Rectifications).
- *Observations* 491.
- *Organisation générale* 475 ss.
- *Pièces justificatives* 478 ss., 492, 498,
520, 525, 570 ss., 654, 656, 666.
- *Plans* 168, 381, 389, 478 ss., 520,
635.
- *Principe absolu* 137, 138, 144, 385
ss., 587 ss., 611 ss., 878 ss., 1255 ss.
- *Principe du consentement* 389,
1255 ss.
- *Principe de la légitimité* 388, 550,
587 ss., 619, 651, 737, 741, 1255 ss.
- *Principe relatif* (v. Principe absolu).
- *Publicité* 570 ss., 878, 1261.
- *Radiations* 242, 267, 376, 377, 533,
561, 580, 593, 598, 616 ss., 628 ss.,
656 ss., 748, 779, 899 ss.
- *Rang des inscriptions et des gages*
568, 580 ss., 654, 736, 816 ss., 939 ss.,
960 ss., 1003.
- *Rectifications et Modifications* 540,
583 ss., 589, 593, 595, 616 ss., 633 ss.,
656 ss., 661, 736, 779, 853, 900 ss.,
1104 ss., 1144.
- *Registres accessoires* 500, 520, 667,
932.
- *Réquisitions* 497, 552, 582, 586, 611,
628, 632 ss., 648 ss., 731.
- Registres matrimoniaux* (voir Commu-
nauté conjugale et Régimes matri-
moniaux).
- Registres publics divers* 609, 634.
- Réintégrand* 285 ss.
- Remboursement de la rente* 1008 ss. (voir
Lettre de rente).
- Réméré* 61, 178 ss., 309, 531 ss., 656 ss.,
676.
- Remise de dette* 900, 1094 ss.
- Remise du titre* (voir Titres à ordre ou
au porteur).
- Rente constituée* 1011 ss.
- Rente foncière* 695, 705, 1001 ss., 1008
ss., 1276.
- Rente foncière allemande* 679 ss., 697 ss.,
716, 1022.

Rente viagère 849.
Répartition du gage 731 ss., (voir *Ordre*).
Rescision (voir *Annulation et Vente immobilière*).
Réserve de propriété (pacte de) 764.
Réserve héréditaire 352 ss. (voir *Suc-
cession*).
Résolution (voir *Annulation et Vente
immobilière*).
Responsabilité. En général 176 ss., 542,
572, 579 ss., 625 ss., 630, 796 ss.,
812, 894, 942, 951, 973 ss., 978 ss.,
1097, 1114 ss., 1162, 1183 ss., 1259,
1261, 1262.
Responsabilité du canton ou de l'Etat
344, 455-457, 471, 505, 509 ss., 550,
563, 625, 634, 653, 729, 992, 1004 ss.,
1038 ss., 1077, 1106, 1146, 1151,
1161, 1259, 1275.
Rétention 299, 300, 1171, 1283 ss.
Retrait lignager 1173.
Retrait litigieux et successoral 99, 122,
123, 182, 1245.
Réunions parcellaires (voir *Propriété
immobilière, réunions parcellaires*).
Revendication 109-111, 646, 1172 ss.
(voir *Preuve, et Registre foncier,
passim*).

S

Saisie 71, 72, 82, 98, 374, 379, 580,
658, 745, 760, 766 ss., 813 ss., 834,
844 ss., 854, 864, 893, 912.
— *Conversion en vente volont.* 847, 980.
Séparation de biens 894 (voir *Commu-
nauté conjugale et Régimes matri-
moniaux*).
Séquestre 782.
Série (voir *Titres émis en série*).
Servitudes, en général 61, 145, 214 ss.,
281, 432, 480, 491-493, 562, 568, 584,
623, 628, 636, 648, 765, 779, 813 ss.,
1100, 1112, 1247 ss.

— *Au profit des personnes* 253 ss.,
1247 ss.
— *Spéciales* 191, 193, 194, 196, 197,
213 ss., 251 ss..
Sociétés 89, 90, 94, 100-102, 105, 111,
115, 121, 369, 651, 746.
— *anonymes* (voir *Actions et Obliga-
tions. Titres à ordre et au porteur*).
Solidarité 731 ss., 841, 927 ss.
Somme maximale (voir *Maximum*).
Sources (voir *Eaux*).
Subrogation 800, 871 ss., 903 ss., 926
ss., 1101.
Substitution 61, 537.
Successions, Testaments 89, 100-102,
111, 122, 143-146, 347 ss., 387, 427,
428, 432, 435 ss., 553, 558, 559, 575-
577, 589, 595, 603, 605, 615, 625 ss.,
651, 736, 746, 894, 927 ss., 942 ss.,
1173.
Superficie 251, 262, 490.
Surenchère (voir *Purge hypothécaire*).
Sûretés 784, 786 ss., 807 ss., 818, 866,
890, 958, 967, 1011, 1026, 1173 ss.
Sûretés réelles (voir *Gage immobilier*).
Surveillance (voir *Autorités de surveil-
lance*).

T

Testament (voir *Successions et Testa-
ments*).
Tiers-détenteur 679 ss., 697 ss., 708,
790, 834, 877, 883, 896, 905 ss., 996,
1101, 1107.
Tiers-porteur 679 ss., 697 ss., 703, 821,
1107 (voir *Titres à ordre et au por-
teur*).
Tirage au sort des titres (voir *Amortis-
sement*).
Titres de gage 978, 984, 1026, 1041 ss.,
1164 ss..
Titres en série 1131 ss., 1140 ss.,
1281 ss.

Titres fondamentaux 1135 ss.

Titres nominatifs, à ordre et au porteur
679 ss., 702 ss., 748-886, 931, 1012
ss., 1017 ss., 1022 ss., 1040 ss., 1044
ss., 1097 ss., 1117 ss., 1131 ss., 1191,
1279 ss.

Titres partiels 1135 ss.

Torrens (Système), (voir Act Torrens).

Tourbières (voir Mines).

Tradition, Traditio 125 ss., 276 ss., 281
ss., 297, 315, 324-326, 331, 332, 418,
578, 838, 1040 ss., 1058 ss., 1094,
1097 ss., 1214 ss., 1229 ss.

Transaction 428, 900.

Transcription hypothécaire 7, 139, 149,
222, 308, 418 ss., 554, 575, 580, 612,
615, 616, 620, 621, 630, 658, 760,
767, 771 ss., 795, 1251, 1256.

Transfert de propriété (voir Propriété
immobilière : transfert, et Vente im-
mobilière).

Transfert de créance (voir Cession de
créance).

Travail 947 (voir Entrepreneur et Ar-
tisans).

Trouble (voir Action possessoire et
Vente immobilière).

Tunisie 474 (voir Act Torrens).

Tuteur. Tutelle 894, 1022, 1265.

U

Union des biens (voir Communauté con-

jugale et régimes matrimoniaux).

Usages locaux 63, 66, 79, 129, 130, 195,
204, 834, 1222 ss.

Usucapion. Prescription acquisitive 154
ss., 223, 277, 296 ss., 300, 480, 606,
610, 612, 615, 770 ss., 785, 1258.

Usufruit. Usage, Habitation 80, 82,
168, 169, 176, 177, 197, 214, 238 ss.,
432, 543, 562 ss., 584, 613, 624, 628,
636, 815, 1226, 1247 ss.

V W

Valeur maximale (voir Maximum).

Vendeur (hypothèque légale) 942 ss.

Vente aux enchères (voir Adjudication,
Purge, Saisie).

Vente immobilière 15, 16, 62, 109, 125,
147 ss., 302, 303, 306, 309, 311, 315,
326 ss., 332, 338, 421, 422, 440 ss.,
536, 559, 566, 575, 576, 596, 605, 606,
623, 629, 630, 673, 705, 708, 737, 745,
809 ss., 841 ss., 929, 1027, 1076, 1212
ss., 1231 ss., 1253.

Vente mobilière 150 ss., 331, 340, 1232.

Vices (voir Vente immobilière).

Violence 285 ss., 1249 (voir Bonne foi;
Consentement; Registre foncier, prin-
cipe de la légitimité).

Voisinage 173 ss., 176 ss., 636, 728,
736, 797, 939 ss.

Vol et perte 764 ss., 1036, 1069, 1089.

Warrants 871.

TABLE DES TEXTES CITÉS

(Les chiffres renvoient aux numéros de l'ouvrage.)

CLASSEMENT DES TEXTES

I. TEXTES GÉNÉRAUX

A. SUISSE.

- 1^o Code civil suisse.
- 2^o Titre final du Code civil suisse.
- 3^o Code suisse des Obligations.
- 4^o Ancien Code suisse des Obligations.
- 5^o Loi sur les Poursuites et faillites, du 11 avril 1889.
- 6^o Ordonnance fédérale sur le Registre foncier, du 22 février 1910.
- 3^o Loi sur les Livres fonciers, du 24 mars 1897, modifiée le 14 juillet 1905.
- 4^o Loi allemande sur l'exécution forcée.
- 5^o Code de commerce allemand de 1861.
- 6^o Code de commerce allemand de 1897.

B. FRANCE.

- 1^o Code civil français.
- 2^o Code de procédure civile.
- 3^o Code de commerce.
- 4^o Code d'instruction criminelle.
- 5^o Code pénal.

C. ALLEMAGNE.

- 1^o Code civil allemand.
- 2^o Loi introductive du Code civil allemand.

II. TEXTES SPÉCIAUX

- 1^o Droit romain.
- 2^o Droit canonique.
- 3^o France et colonies (Tunisie).
- 4^o Suisse, Confédération.
- 5^o Suisse, cantons : *a*) codes cantonaux; *b*) lois cantonales.
- 6^o Angleterre et pays britanniques (Australie, Nouvelle-Zélande, etc.).
- 7^o Allemagne, empire.
- 8^o Allemagne, Etats de l'Empire.
- 9^o Pays divers.

I. TEXTES GÉNÉRAUX

A. SUISSE

1. CODE CIVIL SUISSE

(Les astérisques indiquent le numéro de l'ouvrage où le texte est reproduit et où se trouve le commentaire le plus important.)

Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage
1	44*.	419	894.		121, 736.
2	51*, 223, 225, 239, 290, 572, 1208, 1217.	483	605.	655	53*-55, 57-60, 254, 483, 528, 765.
6	939.	484	605.	656	124*, 128, 129, 137, 144-148, 315, 326, 387, 558, 576, 578, 595, 603, 626, 736, 739, 1036, 1214.
9	551	490	537, 894.		
10	551	498	595.	657	138*, 141, 307, 389, 643, 921.
39	508.	504	595.	658	146*, 157.
40	502.	505	595.	660	595.
154	894.	506	595.	661	154*, 155, 158, 624.
155	894.	517	537.	662	154*, 156, 159, 624.
182ss	894.	518	537.	663	154*.
201	613.	553	651.	664	156, 210*, 211, 536.
205	894.	560	144, 736.	665	147*, 148, 578, 626, 634, 653, 824, 1220.
210	894.	602	90, 362.	666	164*, 749.
213	894.	604	116, 119.	667	62, 166*.
215 à	90, 493.	616	536.	668	168*, 600, 635.
240		624	736.	669	168*.
236	116, 119, 360.	635	122, 123.	670	94, 169*.
248	508.	639	927.	671	169*.
292	613.	641	46*, 51, 52, 188, 62*-65, 67, 68, 71, 197.	672	169*.
297	894.	642		673	169*, 172.
335	348, 358.	643	78*-81, 83, 84.	674	173*, 485, 765.
336 à	90, 94, 349, 358.	644	64*, 65, 68, 69, 75- 77, 213, 661, 762.	675	52, 251*, 640, 643, 765.
348		645	76*, 77, 661.	676	640, 765.
343	119.	646	85, 87*, 92, 93, 98, 99, 103, 109, 118.	677	640.
345	350.	647	105*, 108, 121.	678	169*, 640.
346	119.	648	109*.	679	176*.
347	361.	649	112*.	680	178*, 181, 532, 636.
348	361.	650	98, 113*, 118, 119.		
349	369, 371.	651	120*, 736.		
350 à	369, 371.	652	87*-89, 92, 99, 103, 121.		
359		653	89, 90*, 121.		
353	537	654	89, 91*, 103, 113,		
354	379.				
404	314, 556.				

Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage
681	178*.	749	243, 628.		1105.
682	99, 122, 178*, 181, 182, 532, 643.	756	32.	802	750*, 753.
683	178*, 183, 185.	757	80.	803	756.
684	50, 51, 186*, 636.	758	245.	804	749, 753, 757.
685	186, 187*.	760	894.	805	77, 661, 758*, 759, 762, 764.
686	186, 187*, 501.	761	894.	806	766*.
688	501.	762	894.	807	769*, 774, 1090.
689	188.	768	246.	808	775*, 776, 778, 779, 780, 785, 786, 790-792, 801, 823, 850, 858.
690	188.	769	246, 247.		775*-777, 780, 784, 786-788, 792, 801, 808.
694	191, 192*, 234.	770	248, 249.		775, 776, 789*-793, 799, 801, 807, 823, 850, 858, 868.
695	193, 234, 501.	771	249.	809	809*.
696	194.	776	250.	810	812*, 822.
700	237.	777	250.	813	816*, 820, 822, 831, 834, 890, 895.
702	939.	778	250.	814	531, 734, 791, 816*, 820, 825, 828, 861, 897, 901.
703	750, 859.	779	55, 251*, 765.	815	833*, 834, 890, 895.
704	57, 196*.	780	55, 57, 196, 197, 252.	816	712, 731, 732, 835*, 836, 840, 844, 928.
705	196*, 199.	781	220, 253*, 254.	817	835, 848*.
706	200*.	782	257*, 258, 261, 264, 266, 272, 998,	818	715, 719, 769, 827, 849*-851, 853, 1067.
707	200*.		1000, 1012.	819	823, 850, 858*.
708	201*.	783	265, 389.	820	859*, 861, 976.
709	201*.	784	265, 481, 501.	821	823, 859*, 861, 976.
710	202*.	785	263, 266*.	822	749, 957, 790, 792, 862*, 863, 865- 868, 873.
714	150*, 153, 315, 326. 597, 931, 1214.	786	267.		874*.
715	764.	787	267, 1008, 1009, 1011, 1015.	824	733, 741, 876*-878, 888, 890, 955, 989.
727	94, 931.	788	267, 1007, 1010.	825	733, 876*-878, 883, -885, 888, 890, 892-896, 955, 989.
729	164.	789	267, 270.	826	896, 897*, 899-904, 996.
730	216*, 217, 220, 228. 765.	790	268.	827	905*-908, 910, 931, 996.
731	222*, 223.	791	269.		
732	224*, 389.	792	269.		
733	225*, 228.	793	262, 640, 676, 697*- 701, 703, 705, 706, 709, 711, 712, 877.		
734	226*, 628.		715*, 741, 849, 891, 955.		
735	227*.		194, 711, 719*.		
736	230*.		722*, 723.		
737	232, 234*, 252.		724*, 727, 729.		
738	233, 234*, 492.		731*-737, 844, 927, 928, 1162.		
739	234*.		389, 727, 736*, 741, 742, 828, 882, 989, 1041.		
740	501.		744*-747.		
741	232, 234*.		748*, 789, 899,		
742	236*.				
743	237*.				
744	237*.				
745	240*.				
746	241, 389.				
747	241.				
748	242, 628.				

Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage
828	745, 907, 911*-913.		1031, 1032.		1129, 1132, 1141*,
829	745, 907, 911*.	856	703, 1035*, 1036.		1143, 1144, 1163,
830	911*, 917.	857	984, 985, 1036,		1170.
831	703, 918*, 996.		1037*, 1039.	877	1125, 1126, 1128,
832	874, 883, 919*, 921- 923, 926, 930, 997.	858	1037*.		1129, 1132, 1145*,
		859	831, 834, 1040*.		1146, 1149, 1151,
		860	1043*, 1053, 1066, 1068, 1112.		1170.
833	874, 925*, 927-929, 997, 1015.	861	874, 1060*, 1066- 1068.	878	1125, 1126, 1128, 1129, 1132, 1152*, 1170.
834	874, 919, 930*.				
835	743, 930, 931*, 933, 936.	862	931, 1068*.	879	1125, 1126, 1128, 1129, 1132, 1153*, 1162, 1170.
836	728, 882, 931, 939*- 941.	863	931, 996, 1066, 1069*, 1070- 1072, 1097, 1159, 1160.	880	1125, 1126, 1128, 1129, 1132, 1157*, 1158, 1170.
837	559, 882, 939, 942*, 945, 946, 949, 961.	864	1069*.		
		865	936, 937, 978, 987, 1075 *, 1079, 1082, 1107.	881	1125, 1126, 1128, 1129, 1132, 1157*, 1159, 1170.
838	559, 882, 931, 939, 950*-952, 961.				
839	559, 866, 882, 931, 939, 953*, 955, 958, 973, 979.	866	548, 936, 937, 978, 987, 1075*, 1076, 1079, 1080, 1082, 1107.	882	1125, 1126, 1128, 1129, 1132, 1152, 1157*, 1160, 1161, 1170.
840	866, 882, 939, 960*, 962.	867	987, 1077*-1079, 1107, 1108, 1110, 1111.	883	1125, 1126, 1128, 1129, 1132, 1152, 1157*, 1163, 1170.
841	548, 823, 866, 882, 939, 946, 961*, 966-968, 973- 980.	868	931, 1035, 1036, 1084 *, 1087, 1089.	891	1081.
				892	1081.
842	982, 984, 985*, 986, 988, 989, 1024, 1024, 1103.	869	743, 931, 1084*, 1089.	893	1081.
				894	836, 1081.
843	931, 992.	870	1036, 1069, 1089*, 1090.	895	1081, 1188-1190.
844	995*.			896	1081, 1188, 1190.
845	703, 986, 996*.	871	1090*, 1091, 1159,	897	1081, 1188, 1193.
846	986, 997*.	872	978, 987, 996, 1026, 1027, 1029, 1092*, 1100.	898	1081, 1188, 1189, 1183.
847	262, 986, 998*, 1000, 1001.			899	865, 1081, 1165.
		873	553, 874, 937, 938, 1066, 1068, 1097*, 1101, 1103, 1159.	900	865, 1138, 1165, 1168.
848	978, 1003*, 1147, 1151.			901	1165.
849	1004*, 1005, 1151, 1161,.	874	1077, 1104*, 1108, 1109, 1111, 1114.	902	1165.
				903	1165.
850	1007*, 1009, 1011, 1013, 1152.	875	1051, 1125, 1126, 1128, 1129, 1130*, 1132, 1133, 1135, 1138, 1141, 1163- 1165, 1168, 1170.	904	1165.
851	986, 1014*.			905	1165.
852	1015*.			906	1165.
853	1016.			916	1129, 1139, 1143, 1163, 1164 *, 1166.
854	989, 1018*.			917	1129, 1139*, 1143.
855	703, 1024*, 1026,	876	1125, 1126, 1128,		1163, 1164*.

Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage
918	1129, 1139, 1143, 1163, 1164 *, 1169.	947	528, 565, 661. 495*, 496, 648.	965	141, 145, 389, 455, 550, 553, 566*, 607, 609, 1066, 1152.
919	274*, 278-280.	948	499*, 581, 582, 584, 611, 655, 952.	966	550, 567 *, 711, 1152.
920	279*.	949	478, 500*, 536, 647.	967	568*, 581, 584, 646.
921	282.	950	521, 952.	968	568*.
922	282.	951	502.	969	389, 546, 559, 569*, 628, 942.
923	282.	952	503, 504.	970	570*, 573, 952.
924	283*, 284.	953	507, 647, 668.	971	492, 574*, 577, 581.
925	553.	954	503, 647.	972	578, 580*-584, 606, 611, 654, 822.
926	286*, 291.	955	344, 505, 509*, 512- 516, 519, 521,	973	587*, 588, 591, 596, 597, 600, 604, 606, 607, 611, 737, 739, 938.
928	292*, 578.		524, 625, 653,	974	155, 389, 587*, 588, 591, 594-597, 600, 604, 606, 607, 611, 613, 737, 739.
929	293.		729, 992, 1039,	975	553, 589, 618*, 620, 623, 625, 627, 661, 736, 737, 900.
930	297.		1077, 1106.	976	242, 626, 628*, 629, 633, 636, 661.
931	297.		455, 525, 526, 627, 647, 653.	977	633*, 634, 636, 637, 647, 661, 662, 663.
933	297, 331, 332, 588, 597.	956	527.		
934	297, 764.	957	528*.		
935	297.	958	528*, 529, 531, 535,		
936	297.	959	601, 620, 621, 828.		
937	297*, 578.		528*, 536, 537, 539, 601, 658, 739, 824.		
938	299.		528*, 539, 540, 542.		
939	299, 1198, 1200, 1219, 1283.	960	543, 547, 568, 601, 659, 660, 736, 955.		
940	299, 300.	961	501, 549*, 939.		
941	301.		494, 550, 551, 552*, 555, 558, 560,		
942	381, 382, 465, 476*, 478, 479, 521.	962	736, 942, 1220.		
943	483, 490*, 647.	963	550, 561*, 563, 564, 743, 779.		
944	156, 487.				
945	488*, 490, 647, 648, 729.	964			
946	64, 254, 491*, 493,				

2. TITRE FINAL DU CODE CIVIL SUISSE

17	670.	42	383, 638.	48	298, 383, 638, 644, 646, 672.
18	647.	43	383, 638.	56	55, 213, 648, 765.
23	645.	44	383, 602, 638, 639.	57	1165.
38	383, 638, 641.	45	383, 486, 638.	58	37, 685, 745.
39	383, 638.	46	383, 638, 642, 646, 672.	61	40, 671.
40	383, 478, 638.				
41	383, 638.	47	383, 638, 643.		

3. CODE SUISSE DES OBLIGATIONS

17	711.	44	518.	58	176.
20	711.	52	286.	59	176.
41	515, 625, 951.	57	1197.	60	521.

Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage
61	1066.	166	931.	à	436.
64	625, 1066, 1097.	169	879.	252	
69	808.	171	331.	259	535.
73	711, 719.	175	921.	260	621.
74	1060.	176	920.	272	1197.
75	905.	184	152, 326*.	282	621.
81	905.	185	315*, 323.	286	1197.
82	148, 1215.	191	578.	312	741, 1076.
97	696.	192		314	719.
104	1026.	à	331, 333, 336-338.	316	893.
107	327, 1210.	199		319	947.
108	841, 1210.	196	331, 338*.	363	947.
109	1210.	198	331, 340.	401	1197.
110	907, 910, 931.	202	331, 340.	434	1197.
118	902.	210	345, 340.	451	1197.
120		214	1212-1215, 340.	491	1197.
à	711.	216	153, 307*, 308,	495	733.
126.			1212.	496	733.
127	269, 339.	217	311, 842, 1212.	505	931.
128	269, 1067.	218	312, 313, 371, 1212.	518	849.
143	732.	219	343*, 344, 1027,	545	119.
144	732, 1026.		1212.	546	360.
149	931.	220	322*, 1212.	849	
151	890.	221	345, 1212, 1214,	à	1069.
154	311, 890.		1215.	858	
160	1026.	222	836.	859	502, 508.
163	812.	237	929.	862	538.
164	879, 931.	239		863	538.

4. ANCIEN CODE SUISSE DES OBLIGATIONS

224	
à	1187.
228	

5. LOI FÉDÉRALE SUR LES POURSUITES ET FAILLITES DU 11 AVRIL 1889 (modifié par l'article 58 du Titre final du Code civil suisse.)

1	502.	151	835.	262	848.
37	262, 685.	157	848.	263	980.
41	788, 835.	158	848.	264	890.
94	82, 760.	176	538.	285	596, 786.
104	850.	208	835, 1193.	286	
105	850.	210	849, 890.	à	596, 786.
135	745, 835.	219	848.	292	
144	848.	226	848.	288	612, 968, 970, 975.
146	848.	232	538.	289	612.
148	980.	246	848.		

Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage
6. ORDONNANCE FÉDÉRALE SUR LE REGISTRE FONCIER DU 23 FÉVRIER 1910					
1	648.	45	731.	85	
3	521.	52	1153.	à	488, 660, 729, 997.
5	648.	53	655.	97	
7	648.	57	1037, 1038.	98	634, 661.
8	213, 648.	59	1411, 1161.	99	662*.
9	648.	61	656.	102	664.
11	649.	62	656.	103	652, 664, 665.
12	649.	66	930, 932, 933, 1140.	104	664.
14	650.	68	997, 1112, 1144.	105	666.
15	566, 651.	69	696	106	666.
16	566, 651.	70		107	666.
17	566, 651.	à	657.	108	478, 501, 667, 932, 1140.
18	651.	97		111	668.
20	1040, 1042.	71	657.	112	668.
24	652.	72	657.	113	
25	654.	74	658.	à	669.
26	654.	76	658.	117.	
27	654.	78		114	670.
30	655.	à	660.	117	671.
40	655.	84			
B. FRANCE					
1. CODE CIVIL FRANÇAIS					
112	875.	554	169, 170, 188.	637	216, 228.
113	875.	555	169, 171, 1178.	641	195.
475	772.	565	94.	642	56, 195, 197, 202.
516	240.	578	238, 246.	643	56, 195, 202, 206.
517	54, 68.	580	238.	644	56, 206.
518	54.	581	240.	645	200.
520	79, 81.	585	82.	646	168.
521	79.	586	80.	653	94, 168.
522	68, 69, 762.	591	248.	664	484, 670.
523	68, 762.	592	248.	682	191, 192, 235.
524	68, 69, 762.	595	245.	685	192, 766.
525	68, 762.	598	247.	686	217, 219, 253, 254, 257.
526	765.	599	169.		
530	695, 705, 1010.	617	243.	690	
544	45, 51, 52.	619	243.	à	223.
545	1174.	626		692	
547	80, 83.	à	82.	693	223, 227.
549	296.	635		694	223, 227.
552	166.	631	250.	697	232.
553	251.	634	250.	698	232.

Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage
700	235.	1273	923.	1722	316.
701	236.	1274	924.	1733	797.
702	235.	1275	923.	1743	535, 621, 622.
703	226, 230.	1277	923.	1749	1174.
704	226.	1278	896.	1790	316.
705	227, 229.	1302	316.	1792	346, 772, 796.
706	226, 230.	1304	607, 772.	1837	359, 362.
707	226, 230.	1318	583.	1859	105, 357, 359.
708	226.	1328	424, 583.	1872	115, 605, 746.
709	226.	1382	176, 190, 239, 625, 796, 797, 951.	1892	741, 1076.
710	226.			1907	720.
711	131, 133, 149.	1383	796, 797, 951.	1909	à 1011.
724	144.	1384	509, 951.		
815	114, 115, 118, 119, 349, 351.	1476	115.	1912	
826	351.	1582	152.	2034	122.
832	351.	1583	131, 149, 319, 329, 422, 423.	2087	713.
841	122.	1605	328.	2088	713, 837.
867	1175.	1612	1174.	2093	683.
870	927.	1613	1174.	2095	823.
883	427, 604, 746.	1617		2101	854.
900	712.	à	341.	2102	785.
931	133.	1623		2103	559, 785, 860, 943, 946, 964, 977.
938	131, 149.	1625	330.	2108	423, 630.
939	435.	1626	330.	2109	945.
941	435.	1627	330.	2110	860, 977.
1003	605.	1628	330.	2114	699, 845, 922.
1010	605.	1629	330, 336.	2118	679, 713, 759, 765, 1132.
1014	605.	1630		2121	521, 717, 724, 894.
1111		à	330.	2123	724, 887, 945.
à	288.	1640		2127	738, 887.
1115		1636	338.	2129	724.
1131	316.	1637	338.	2130	724.
1134	1175, 1208.	1638	338.	2131	229, 794, 801, 807.
1138	131, 149, 319, 320, 327, 422, 430, 433.	1640	337.	2132	717.
		1641		2133	781, 861.
		à	340, 346.	2134	580.
1154	719.	1649		2138	630.
1167	433, 786, 975.	1654	843, 949.	2143	810.
1178	707.	1656	843.	2144	810, 815.
1184	316, 841, 949, 1176, 1209.	1659		2145	810.
		à	185.	2147	568.
1185	707.	1673		2148	630, 740, 887, 1046.
1220	808, 927.	1678	1174.	2151	854.
1247	1061.	1676	772.	2153	630, 887.
1251	903-908, 910, 926, 1101, 1277.	1686	115.	2154	772.
		1689	935.	2157	630, 1090.
1271	1026.	1692	935.		

Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage
2158	630.	2183	914.	2221	894.
2159	630.	2189	423.	2233	288.
2161	810.	2196	570.	2235	301.
2162	810.	2197	567.	2248	1046.
2163	810.	2198	423.	2251	854.
2164	810.	2199	423.	2252	607.
2165	810.	2200	423, 568, 580.	2262	164, 722.
2166	922.	2202	567.	2265	590, 606, 610, 612.
2167	906.	2204	815.	2267	906.
2168	696.	2205	360, 745.	2268	273, 606.
2169	914.	2210	846.	2269	155, 606.
2172	696.	2211	846.	2270	346, 772.
2174	696.	2214	922.	2277	772.
2180	423, 771, 772.	2218	848.	2279	150, 294, 331, 588.
2181	423.				

2. CODE DE PROCÉDURE CIVILE FRANÇAIS

23		682	760.	834	425.
à	285.	685	760.	835	425.
27		717	745.	846	
565	766.	743	847.	à	666.
678	658.	749	848.	852	
681	760.	775	1132.		

3. CODE DE COMMERCE FRANÇAIS

446	596.	447	597.		
-----	------	-----	------	--	--

4. CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE FRANÇAIS

2	772.	638	522.	640	522.
637	772, 522.				

5. CODE PÉNAL FRANÇAIS

322	288.	328	288.	329	288.
-----	------	-----	------	-----	------

C. ALLEMAGNE

1. CODE CIVIL ALLEMAND

93	70.	223	774.	291	852.
94	70.	226	239.	313	310.
95	70.	227	287.	320	1185, 1216.
97	70, 75.	255	517.	321	1185.
98	70.	269	1062.	322	1185, 1216.
99	84.	270	1062, 1065.	323	324*.
100	84.	273	1185, 1216.	325	949.
101	84.	274	1185.	326	949.
163	892.	288	852.	344	812.
197	857.	289	852.	356	808.

Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage
398	1056.	891	988, 1087	1105	
403	1087.	892	591, 601, 616, 938,	à	272, 1012, 1057.
416	910.		1087, 1109, 1110,	1112	
432	111.	893	591, 614, 616, 1087.	1113	678, 696, 704, 716,
433	152, 153.	894	1087, 1109, 1110.		730, 801, 807,
446	324*.	895	1087.		883, 1047.
452	852.	896	1087.	1114	744, 745, 746, 747,
454	949.	897	1087.	1116	1020-1022, 1036.
483	152.	898	1087.	1117	1021, 1057.
503	185.	899	988.	1118	852.
571	622.	900	158, 159.	1119	852, 853*.
577	621, 622.	901	158.	1120	762, 765.
641	852.	902	158.	1121	762, 765, 804.
647	959.	903	46, 50, 51, 52.	1123	762, 765, 767, 804,
648	946, 949, 960, 967.	905	167.		869.
668	852.	906		1124	762, 767, 869.
675	852.	à	190.	1127	
698	852.	924		à	869.
711		908	177.	1130	
à	100.	909	177.	1131	729.
722		912	173, 175.	1132	845.
741	99.	913		1133	801, 802, 807, 808,
742		à	175.		1013.
à	100.	916		1134	801, 803.
758		917	191, 192.	1135	801, 804.
744	108.	925	592.	1136	812.
745	108.	927	159, 161.	1138	1080-1082.
749	117, 119.	928	165.	1140	1109, 1111.
774	907.	929	153, 325, 1057.	1141	905, 918.
812		930	153, 1057.	1142	905-907.
à	509.	931	1057.	1149	837, 840-842.
822		937	158.	1153	934, 1033, 1056.
823	190, 951.	1008	99, 100, 102, 108,	1154	934, 1021, 1022,
839	457, 509, 511.		111.		1033, 1050, 1056,
854	275.	1009			1057, 1058, 1088.
858	287.	à	100, 111.	1155	1087.
859	287.	1011		1163	819, 830, 1099,
868	279.	1012	158, 251.		1100.
873	151, 153, 325, 592.	1013		1164	819, 830, 910, 1099.
875	845, 853.	à	251.	1166	1054.
876	845, 853.	1017		1168	819, 830, 1099.
878	845.	1018	216.	1170	1091, 1099.
879	581, 582, 584.	1022	216.]	1172	
883	532, 601.	1029	158.	à	845.
885	532.	1036	158.	1175	
886	532.	1090	158, 256.	1181	845, 1099.
889	1099, 1101.	1093	256.	1182	845.
		1094	180, 182.	1183	904.

Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage	Articles	N ^{os} de l'ouvrage
1190	893.	1229	840, 841.	1814	1022.
1191	705, 716, 729, 1012.	1274	1021.	1818	1022.
1192	716, 1033.	1432		1819	1022.
1195	1020, 1022, 1058, 1088.	à	100.	1834	852.
		1445		2033	100.
1199	705, 716, 729, 1012. 1019.	1471	100.	2034	182.
		1472	100.	2038	
1200	1012.	1483	100.	à	100.
1201	1012, 1013.	1519	100.	2042	
1202	1012, 1013.	1539	158.	2166	910.
1203	1012.	1549	100.		

2. LOI INTRODUCTIVE DU CODE CIVIL ALLEMAND

59	352.	65	195.	117	1013.
63	158.	109	1013.	137	352.
64	352.	112	1050.		

3. LOI ALLEMANDE SUR LES LIVRES FONCIERS, DU 24 MARS 1897 modifiée le 14 juillet 1905.

12	509, 511, 514.	46	584.	57	1020.
19	389.	55	569.	58-69	1020.
45	584.	56	636.		

4. LOI ALLEMANDE SUR L'EXÉCUTION FORCÉE

64	845.	92	1013.	158	1013.
----	------	----	-------	-----	-------

5. CODE DE COMMERCE ALLEMAND DE 1861

313	1184, 1187.	314	1184, 1187.		
-----	-------------	-----	-------------	--	--

6. CODE DE COMMERCE ALLEMAND DE 1897

369	1184.	370	1184.	371	1184.
-----	-------	-----	-------	-----	-------

II. TEXTES SPÉCIAUX

1. DROIT ROMAIN

* (L'objet indiqué est celui à l'occasion duquel le texte est cité, et n'est pas toujours l'objet principal de ce texte.)

Indication des textes	Objet *	N ^{os} de l'ouvrage
XII Tables, 6, 7.	<i>De tigno juncto</i> . Constructions sur autrui.	170.
Gaius. Inst. 2, 12, 14.	<i>Res corporales, res incorporales</i> . Droit de propriété.	6.
Gaius. Inst. 2, 64.	Pacte commissaire. <i>Jus distrahendi</i> .	838.
Paul. Sent. 2, 5, 1.	Pacte commissaire. <i>Jus distrahendi</i> .	838.
Inst. de Justinien, 2, 2.	<i>Res corporales, res incorporales</i> . Droit de propriété.	6.
Inst. de Justinien, 2, 4.	Usufruit, définition.	238.
Inst. de Justinien, 2, 4, 4.	Droit de propriété.	45.
Inst. de Justinien, 3, 21. De litt. obl.	Contrat <i>litteris</i> . <i>Litterarum obligatio</i> .	1102.
Inst. de Justinien, 3, 23, 3.	Risques en matière de vente.	319.
Inst. de Justinien, 4, 17 de off. jud., 6.	<i>Adjudicatio</i> . Bornage. Rectification des limites.	752.
Digeste, l. VI, tit. 1, fr. 23, 6.	Constructions sur autrui.	170.
» VII, 1, 1.	Usufruit, définition.	238.
» VIII, 1, 1.	Servitudes foncières.	214.
» VIII, 1, 3.	Servitudes foncières.	219.
» VIII, 1, 15, 1.	Servitudes foncières.	217.
» VIII, 2, 26.	Servitude sur soi-même.	227.
» X, 3, 14, 1.	Droit de rétention.	1172.
» XII, 6, 33.	Droit de rétention.	1172.
» XIII, 7, 4.	Pacte commissaire. <i>Jus distrahendi</i> .	838.
» XIII, 7, 35, 1.	<i>Pignus</i> . Gage. Hypothèque.	683.
» XVIII, 6, 8.	Risques en matière de vente.	319.
» XLI, 1, 9.	Transfert de la propriété.	125.
» XLI, 2, 18.	Transfert de la propriété.	125.
» XLIII, 6, 79.	Transfert de la propriété.	125.
» XLIII, 26, 6, 4.	<i>Pignus</i> . Gage. Hypothèque.	683.
» XLVII, 3, 1.	<i>De tigno juncto</i> . Constructions sur autrui.	170.
Code de Justinien, liv. IV, tit. 35, lois 22 et 23.	L. L. <i>per diversas</i> , et <i>ab Anastasio</i> . Retrait litigieux.	123.
Code de Justinien, liv. VII, 39, 7.	Prescription. Hypothèque. L. <i>cum notissimi</i> .	771.
» » » VIII, 26, 6.	<i>De remissione pignoris</i> . Purge.	912.
» » » VIII, 33 (34), 3.	Pacte commissaire. <i>Impetratio dominii</i> .	838.
» » » VIII, 34 (35), 3.	Pacte commissaire. <i>Jus distrahendi</i> .	838.
» » » VIII, 35, 3.	Pacte commissaire. <i>Lex commissoria</i> .	839.

Indication des textes	Objet	N ^{os} de l'ouvrage
2. DROIT CANONIQUE		
Décision du Concile de Latran de 1215.	Prescription acquisitive. Bonne foi.	155.
3. FRANCE ET COLONISE (TUNISIE)		
Coutume de Paris, art. 303.	Retrait lignager. Rapport. Avancement d'hoirie. Rétention.	1173.
Coutume d'Orléans, art. 306, 372.	Retrait lignager. Rapport. Avancement d'hoirie. Rétention.	1173.
Ordonnance de Villers-Cotterets, août 1539.	Insinuation des donations.	434, 1173.
Ordonnance de Moulins, 1566.	Avancement d'hoirie. Rapports. Rétention.	1173.
Édit de Nantes de 1626.	Greffes d'insinuation.	418.
Arrêts du Parlement de Paris, 30 avril et 8 sept. 1628.	Privilège du vendeur.	943, 949.
Édit de juin 1771.	Purge. Lettres de ratification.	912.
Décret du 4 août 1789.	Rente foncière.	1010.
Loi du 18-29 décembre 1790.	Rente foncière.	1010.
» » 9 messidor an III.	Hypothèques. Cédules hypothécaires. Inscriptions hypothécaires. Purge.	7, 704, 819, 912, 981, 992, 1044.
Loi du 28 vendémiaire an V.	Cédules hypothécaires.	704.
» » 11 brumaire an VII.	Régime hypothécaire. Purge.	419, 434, 724, 912.
Loi du 23 frimaire an VII.	Droits de mutation. Privilège.	941.
» » 30 ventose an XII.	Réunion des lois composant le Code civil.	1010.
Avis du Conseil d'Etat 11 fruct. an XIII.	Transcription. Arrêt du cours des inscriptions.	425.
Loi du 3 septembre 1807.	Taux de l'intérêt.	720, 721.
» » 5 septembre 1807.	Privilège pour les frais en matière criminelle.	941.
» » 16 décembre 1807.	Dessèchement des marais.	860, 941.
Décret du 7 mars 1808.	Voisinage, cimetière.	189.
Loi du 12 novembre 1808.	Privilège du Trésor pour les contributions foncières.	941.
» » 14 novembre 1808.	Saisie immobilière. Biens situés dans plusieurs arrondissements.	846.
» » 21 avril 1810.	Mines. Concessions. Redevance foncière. Privilège.	860, 941, 1001.
Décret du 25 octobre 1810.	Etablissements dangereux, incommodes ou insalubres.	189.
Loi budgétaire du 28 avril 1816.	Transcription. Droit fiscal. Cautionnement de fonctionnaires.	425, 438, 523.
Loi du 25 mai 1838.	Justices de Paix. Actions possessoires.	285.
» » 3 mai 1841.	Expropriation pour cause d'utilité publique.	795, 1174.

Indication des textes	Objet	N ^{os} de l'ouvrage
Loi du 13 avril 1850.	Logements insalubres.	189.
Décret du 28 février 1852.	Crédit foncier de France. Lettres de gage.	1118, 1119, 1120 1122.
» » 31 décembre 1852.	Crédit foncier de France. Lettres de gage.	1120.
Loi du 10 juin 1854.	Crédit foncier de France. Rang de l'hypothèque.	707.
» » 23 mars 1855.	Transcription hypothécaire.	7, 139, 149, 418 ss., 426 ss., 432-436, 530, 570, 582, 612, 620, 621, 707, 713, 767, 843, 952.
Loi du 14 juillet 1856.	Eaux minérales et thermales.	200, 549.
» » 17 juillet 1856.	Travaux de drainage.	860, 941.
» » 21 mai 1858.	Adjudication. Purge des hypothèques.	745.
» » 28 mai 1858.	Magasins généraux — warrants — assurance — droit des créanciers.	871.
» » 21 juin 1865.	Syndicats agricoles.	750.
» » 24 juillet 1867.	Sociétés. Sociétés par actions. Sociétés anonymes.	1145.
» » 7 avril 1873.	Indemnités aux victimes de la guerre et de la Commune.	798.
» » 10 décembre 1874.	Hypothèque maritime — assurance — droit des créanciers.	871, 873.
» » 5 janvier 1875.	Registres tenus par le conservateur des hypothèques.	580.
» » 20 août 1881.	Code rural. Chemins ruraux. Chemins d'exploitation.	94, 193.
Décret du 28 février 1884.	Crédit foncier de France.	1120.
Loi du 5 avril 1884.	Communes. Organisations municipales. Sections de communes.	723.
» » 10 juillet 1885.	Hypothèque maritime — assurance — droit des créanciers.	871.
» » 12 janvier 1886.	Taux de l'intérêt.	720.
» » 22 décembre 1888.	Syndicats agricoles.	750.
» » 13 février 1889.	Transcription hypothécaire. Hypothèque de la femme.	750. 707.
» » 19 février 1889.	Responsabilité des locataires et voisins en cas d'incendie.	797, 872. 412.
Décret du 30 mai 1891.	Cadastre.	
Loi du 17 juin 1893.	Inscriptions hypothécaires. Intérêts protégés.	854, 856.
» » 1 ^{er} août 1893.	Sociétés. Sociétés par actions. Sociétés anonymes.	1117, 1145.
» » 8 août 1893.	Secours aux victimes d'attentats anarchistes.	798.

Indication des textes	Objet	N ^{os} de l'ouvrage
Loi du 30 novembre 1894.	Habitations à bon marché.	37 .
» » 17 mars 1898.	Cadastre.	392, 410, 411.
» » 8 avril 1898.	Eaux. Régime des eaux. Sources.	195, 198, 202, 204, 206, 860, 941.
Loi du 20 juillet 1899.	Responsabilité de l'Etat.	509.
» » 7 avril 1900.	Taux de l'intérêt.	720.
» » 13 avril 1900, art. 3.	Alignements.	795.
» » 15 février 1902.	Travaux d'assainissement.	189.
» » 22 avril 1905.	Droit fiscal sur les mutuat. immobilières.	438.
» » 12 juillet 1905.	Justices de Paix. Actions possessoires.	285.
» » 17 juin 1907.	Inscriptions hypothécaires.	1046.
» » 17 mars 1909.	Nantissement des fonds de commerce.	683.
» » 1 ^{er} avril 1909.	Nantissement des fonds de commerce.	683.
» » 12 juillet 1909.	Bien de famille.	368, 379.
Décret du 26 mars 1910.	Bien de famille.	368.
Loi du 5 juillet 1917.	Navigation fluviale, hypothèque.	871.

TUNISIE

Loi du 1 ^{er} juillet 1885.	Transfert de la propriété immobilière.	474.
» » 16 mai 1886.	id.	474.
» » 6 novembre 1888.	id.	474.
» » 15 mars 1892.	id.	474.

4. SUISSE - CONFÉDÉRATION

Constitution helvétique du 12 avril 1798.	Constitution helvétique. Projet de Code civil.	35.
Constitution fédérale du 12 septembre 1848.	Constitution fédérale. Division des cantons.	23, 33, 36.
Constitution fédérale du 1 ^{er} mai 1850.	Expropriation pour cause d'utilité publique.	749.
Loi fédérale du 31 décembre 1872.	Expropriation pour cause d'utilité publique.	749.
Constitution fédérale du 29 mai 1874.	Constitution fédérale. Compétence législative fédérale.	37.
Loi fédérale du 24 juin 1874.	Hypothèque et liquidation forcée des chemins de fer.	487, 1127.
» » » 24 décembre 1874.	Etat-civil. Mariage.	37.
» » » 21 mars 1876.	Expropriation pour cause d'utilité publique.	749.
» » » 22 juin 1877.	Expropriation pour cause d'utilité publique.	749.
» » » 14 juin 1881.	Code fédéral des obligations.	37.
» » » 29 juin 1881.	Capacité civile.	37.
» » » 11 avril 1889.	Poursuite pour dettes. Faillites.	37.
» » » 24-26 juin 1889.	Expropriation pour cause d'utilité publique.	749.

Indication des textes	Objet	N ^{os} de l'ouvrage
Loi fédérale du 24 juin 1902.	Expropriation pour cause d'utilité publique.	749.
» » » 11 octobre 1902.	Forêts.	536.
» » » 30 mars 1911.	Code fédéral des obligations — révision.	37.
Arrêté du Conseil fédéral 7 avril 1911.	Rectification d'errata du Code civil suisse; texte français.	1108, 1111.
Loi fédérale du 22 décembre 1916.	Forces hydrauliques.	211.
5. SUISSE - CANTONS		
a) Codes cantonaux (anciens)]		
Argovie. Code civil, art. 435.	Propriété, parties intégrantes, accessoires.	65.
Argovie. Code rural de 1875, art. 33.	Réunions parcellaires.	751.
Berne. Code civil.	Promulgation du Code civil bernois (30 janvier 1866).	721.
» » art. 344.	Propriété, parties intégrantes, accessoires.	65.
» » art. 345.	Propriété, parties intégrantes, accessoires.	65.
Fribourg. Code civil, art. 544.	Définition de la propriété.	45.
» » » 1057.	Succession. Bien de famille.	356.
» » » 1088.		
» » » 1107.	Succession. Bien de famille. Indivision.	356.
» » » 1371.	Succession. Bien de famille. Indivision,	356.
» » » 1849.	Taux de l'intérêt.	721.
Genève. Code civil, art. 544.	Définition de la propriété.	45.
» » » 2086.	Antichrèse.	711.
Lucerne. Code civil, art. 208.	Propriété. Parties intégrantes, accessoires.	65.
Neuchâtel. Code civil, art. 392.	Définition de la propriété.	45.
Neuchâtel. Code rural, art. 80.	Réunions parcellaires.	751.
Tessin. Code civil, art. 244.	Définition de la propriété.	45.
» » » 577.	Successions. Bien de famille.	536.
» » » 818.	Antichrèse.	711.
Valais. Code civil, art. 380.	Définition de la propriété.	45.
» » » 503.	Copropriété — maison divisée par étages.	670.
» » » 850.	Successions. Bien de famille.	356.
» » » 1845.	Antichrèse.	711.
Vaud. Code civil, art. 345.	Définition de la propriété.	45.
» » » 451.	Copropriété — maison divisée par étages.	670.
Zurich. Code civil.		
» » art. 330.	Cédula hypothécaire.	981.
» » » 390.	Foi publique; étendue.	1080.
» » » 1512.	Baux. Droits réels.	621.

Indication des textes	Objet	N ^{os} de l'ouvrage
<i>b) Lois cantonales.</i>		
Bâle-Ville. Loi introd. 27 avr. 1911.	Asiles de famille.	378.
Berne. Constitution bernoise de 1846.	Constitution cantonale. Jura bernois.	25.
» Loi du 21 mars 1854.	Biens de communautés d'habitants. Pâturages.	722.
Fribourg. Loi du 17 mai 1907.	Réunions parcellaires.	751.
» Loi introd. du 22 nov. 1911.	Application du Code civil suisse.	44.
Genève. Loi du 31 janvier 1851.	Prêts hypothécaires. Actions au porteur.	30.
» » » 31 janvier 1857.	Prêts hypothécaires par actions.	1128.
» » » 7 février 1857.	Taux de l'intérêt.	721.
Saint-Gall. Loi du 26 nov. 1865.	Réunions parcellaires.	751.
» » » 20 nov. 1889.	Réunions parcellaires.	751.
Tessin. Loi du 28 mai 1892.	Réunions parcellaires.	751.
Thurgovie. Loi de 1896.	Aliénations d'exploitations agricoles.	313.
Valais. Loi du 15 décembre 1907.	Réunions parcellaires.	751.
Vaud. Loi sur les remaniements parcellaires.	Réunions et remaniements parcellaires.	44.
» Loi du 20 janvier 1882.	Baux — droits réels.	621.
» » » 14 septembre 1897.	Délégations hypothécaires.	1128, 1135.
» » » 21 mai 1907.	Réunions parcellaires.	751.
» Loi introd. du 30 nov. 1910.	Introduction du Code civil suisse.	44, 939.
» Loi du 2 août 1911.	Délégations hypothécaires.	1128.
» » » 24 août 1911.	Registre foncier.	44.
» » » 22 nov. 1911.	Code rural vaudois.	44.
» Réglem. du 16 déc. 1911.	Registre foncier.	44.
» Loi du 28 août 1912.	Remaniements parcellaires.	44.
Zurich. Loi forest. du 27 mai 1907.	Réunions parcellaires.	751.
6. ANGLETERRE ET PAYS BRITANNIQUES (Australie, Nouvelle Zélande, etc.)		
Australie. Real property Act 2 juillet 1858.	Système Torrens. Transfert de la propriété immobilière.	441 ss., 450 ss.
Transfer and Land Act 1 ^{er} août 1890 (Victoria).	id.	450 ss.
Real property Act 17 nov. 1886 (South-Australia).	id.	450 ss.
Voir le détail des actes législatifs relatifs au système Torrens, en note sous les n ^{os} 450 et ss.		
7. ALLEMAGNE - EMPIRE		
Loi du 24 mars 1897.	Livres fonciers (voir plus haut le détail des articles).	457.
» » 13 juillet 1899.	Banques hypothécaires. Prêts hypothécaires.	808, 1169.
» » 4 décembre 1899.	Hypothèques. Obligations au porteur ou cessibles par endossement.	1050.

Indication des textes	Objet	N ^{os} de l'ouvrage
8. ALLEMAGNE - ÉTATS DE L'EMPIRE		
Bade. Loi du 21 mai 1886.	Réunions parcellaires.	751.
» » » 12 avril 1892.	Hypothèque. Titres au porteur ou cessibles par endossements.	1050.
Bavière. Loi du 29 mai 1886.	Réunions parcellaires.	751.
Hesse. Loi du 29 août 1887.	Réunions parcellaires.	751.
Prusse. Loi du 2 avril 1872.	Réunions parcellaires.	751.
» » » 5 mai 1872.	Hypothèque; étendue de la garantie; cédule hypothécaire.	852, 1047.
» » » 2 juin 1874.	Successions. Bien de famille.	352.
» » » 19 août 1895.	Hypothèque. Titres au porteur ou cessibles par endossement.	1050.
Wurtemberg. Loi de 1853.	Aliénations d'exploitations agricoles.	313.
» Loi du 30 mars 1886.	Réunions parcellaires.	751.
9. PAYS DIVERS		
Alsace-Lorraine. Loi du 30 juin 1890.	Réunions parcellaires.	751.
Argentine (Rép.) loi 24 sept. 1886.	Cédules hypothécaires.	1163.
» loi 7 sept. 1911.	Cédules hypothécaires.	1163.
Autriche. Patentes de Joseph II, 9 oct. 1795.	Domaine rural. Bien de famille.	353.
» Code de 1810, art. 471.	Droit de rétention.	1182.
» Loi de 1871, art. 7.	Livres fonciers et hypothécaires; publicité.	570.
» Loi du 1 ^{er} avril 1889.	Domaine rural. Bien de famille.	353.
Belgique. Loi du 16 déc. 1851.	Subrogation à l'indemnité d'assurance. Créanciers.	871.
Espagne. Code civil, art. 1056.	Successions. Exploitation agricole, industrielle ou commerciale. Bien de famille.	354.
Etats-Unis. Loi fédérale du 26 mai 1862.	<i>Homestead</i> . Bien de famille.	366.
Iowa (Etats-Unis) loi de 1883.	Système Torrens.	450.
Japon. Code civil de 1891, art. 92 à 96.	Droit de rétention.	1183.
Nassau. Loi du 21 mars 1787.	Réunions parcellaires.	751.
Piémont. (Voir Savoie.)		
Sardes (Etats). (Voir Savoie.)		
Savoie. Etats généraux de 1487.	Etats généraux. Impôts.	393.
» Lettres-Patentes du Duc, 1556.	Lettres patentes. Impôts.	393.
» Etats généraux de 1559.	Etats généraux. Subside extraordinaire.	393.
» Edit de Charles-Emmanuel du 27 mars 1584.	Impôt foncier. Cadastre.	394.
» Manifeste de l'Intend. général, du 29 mars 1728.	Cadastre de Savoie. Baux à ferme.	405.

Indication des textes	Objet	N ^{os} de l'ouvrage
Savoie. Lettres-Patentes de Victor-Amédée II, du 9 avril 1728.	Cadastre de Savoie.	395.
» Edit du 15 sept. 1738.	Peréquation générale. Cadastre de Savoie. Impôt.	399.
» Royales Constitutions de 1770.	Forme des actes. Vente.	402.
» Arrêté du Préfet du Léman, du 6 août 1803.	Echelle du cadastre de Savoie.	395.
» Manifeste de l'Intendant général du 18 août 1816.	Registres fonciers de Savoie.	403.
» Code civil, art. 714 ss., 923 ss., 942 ss.	Successions. Testaments. Religieux et religieuses. Femmes.	355.
» Code civil, art. 1412.	Ventes — forme authentique.	402.
» Loi du 4 juin 1854.	Cadastre de Savoie. Projet de réfection.	403.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

	Nos	Pages
Bibliographie	—	v
Introduction	1	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.	15	6
Section I. Composition et plan de l'ouvrage	15	6
Section II. Résumé de l'histoire de la codification du Droit civil suisse	22	8
PREMIÈRE PARTIE. — Régime immobilier.		
CHAPITRE PREMIER. — La propriété immobilière	45	15
§ 1. Définition de la propriété	45	15
§ 2. Objet de la propriété immobilière	54	18
§ 3. Etendue du droit de propriété	61	19
a) Généralités	61	19
b) Parties integrantes et accessoires	62	19
c) Fruits	78	23
d) Propriété de plusieurs sur une chose	85	25
e) Propriété commune	121	35
§ 4. Acquisition et perte de la propriété immobilière	124	36
§ 5. Prescription en matière immobilière	154	46
§ 6. Perte de la propriété immobilière	164	50
§ 7. Effets de la propriété immobilière	166	51
a) Etendue de la propriété au point de vue matériel	166	51
b) Responsabilité du propriétaire	176	54
c) Restrictions de la propriété immobilière	178	55
d) Régime spécial aux eaux	195	59
CHAPITRE II. — Servitudes et charges foncières	214	64
Section I. Servitudes foncières	214	64
Section II. Usufruit; autres servitudes; charges foncières	238	71
§ 1. Usufruit	238	71
§ 2. Autres servitudes	251	75

	N ^{os}	Pages
§ 3. Servitudes au profit des personnes	253	75
§ 4. Charges foncières	257	77
CHAPITRE III. Possession immobilière	273	81
Section I. Généralités	273	81
Section II. Protection de la possession	285	84
Section III. Effets juridiques de la possession	294	87
CHAPITRE IV. — Vente immobilière	302	89
Section I. Généralités	302	89
Section II. Forme du contrat	307	90
Section III. Règles particulières au contrat de vente en Suisse	311	92
Section IV. Risques en matière de vente immobilière	315	94
Section V. Délivrance; garantie	326	98
CHAPITRE V. — Le Bien de famille	347	103
Section I. Généralités	347	103
Section II. Législations diverses en dehors de la Suisse	352	105
Section III. Anciennes législations de la Suisse romande	356	106
Section IV. Les indivisions de famille dans le Code civil suisse	358	107
Section V. Les asiles de famille dans le Code civil suisse	363	109
DEUXIÈME PARTIE. — Le Registre foncier.		
CHAPITRE VI. Généralités	381	113
CHAPITRE VII. Comparaison du Registre foncier avec les ins- titutions de divers pays	391	116
Section I. L'ancien cadastre de Savoie	391	116
Section II. Le cadastre français	410	122
Section III. Le régime français de la transcription	418	124
Section IV. Le système Torrens	440	130
CHAPITRE VIII. — Détails sur le Registre foncier	475	139
Section I. Organisation en général	475	139
§ 1. Organisation matérielle	475	139
§ 2. Tenue du Registre	502	146
§ 3. Responsabilité des cantons et des fonctionnaires	509	147
Section II. Inscriptions	528	151
§ 1. Règles générales sur les inscriptions et les annotations	528	151
§ 2. Conditions de l'inscription	550	158
§ 3. Mode de l'inscription	568	163
Section III. Publicité du Registre foncier	570	164
Section IV. Effets du Registre foncier	574	166
Section V. Conséquences du principe de la <i>foi publique</i>	611	180
Section VI. Radiations, modifications, rectifications des inscriptions	616	182

	N ^{os}	Pages
§ 1. Inscriptions contradictoires	616	182
§ 2. Modifications et radiations	618	182
§ 3. Effets de la rectification	625	186
§ 4. Radiation en cas d'extinction de droits réels.	628	187
§ 5. Procédure des rectifications.	633	189
Section VII. Mesures transitoires. — Passage du Droit ancien au Droit nouveau	638	191
Section VIII. Ordonnance du 22 février 1910 sur le Registre foncier	647	194
§ 1. Généralités	647	194
§ 2. Immatriculation des immeubles	648	194
§ 3. Conditions de l'inscription	649	194
§ 4. Inscriptions	654	196
§ 5. Modification et radiation. — Cancellation des titres	656	197
§ 6. Annotations, mentions, dispositions diverses	657	197
§ 7. Rectifications	661	198
§ 8. Recours	664	199
§ 9. Extraits et registres	666	199
§ 10. Bureaux du Registre foncier	668	200
§ 11. Dispositions finales et transitoires	669	200
TROISIÈME PARTIE. — Sûretés réelles immobilières.		
CHAPITRE IX. — Généralités	673	202
CHAPITRE X. — Le gage immobilier suisse	679	204
Section I. Observations préliminaires	679	204
Section II. Détails sur le gage immobilier	697	212
§ 1. Définition des diverses sortes de gages immobiliers	697	212
§ 2. Caractère accessoire du droit de gage immobilier	706	215
§ 3. Prohibition des autres formes de gage immobilier	711	216
§ 4. Spécialité du gage quant à la créance garantie	715	218
§ 5. Objet du gage immobilier	722	220
§ 6. Spécialité du gage relativement à l'immeuble grevé	724	222
§ 7. Constitution et extinction du gage immobilier	736	226
§ 8. Effets du gage immobilier	758	236
§ 9. Mesures prises en cas de dépréciation de l'immeuble	775	242
§ 10. Rang des gages immobiliers. Cases hypothécaires	816	255
§ 11. Réalisation du droit de gage	835	260
§ 12. Etendue de la garantie	849	265
§ 13. Droit de gage en cas d'impense nécessaire	858	268
§ 14. Droit de gage en cas d'amélioration du sol	859	268
§ 15. Droit à l'indemnité d'assurance	862	270
§ 16. Représentation du créancier	874	274

	Nos	Pages
CHAPITRE XI. — L'hypothèque	876	274
Section I. Généralités. Constitution et extinction . . .	876	274
Section II. Effets de l'hypothèque	919	289
Section III. Hypothèques légales	939	295
CHAPITRE XII. — La cédula hypothécaire et la lettre de rente	981	307
Section I. La cédula hypothécaire	981	307
Section II. La lettre de rente	998	311
Section III. Dispositions communes à la cédula hypothé- caire et à la lettre de rente	1017	318
§ 1. Constitution, extinction. Droit du créancier . . .	1017	318
§ 2. Annulation des titres	1089	336
§ 3. Exceptions accordées au débiteur	1092	337
§ 4. Remise du titre en cas de paiement total	1097	339
§ 5. Modifications survenues à l'obligation ou à ses acces- soires	1104	341
CHAPITRE XIII. — Emission de titres fonciers	1113	344
Section I. Généralités	1113	344
Section II. Obligations foncières	1130	348
Section III. Cédulas hypothécaires et lettres de rente émises en série	1141	350
§ 1. Dispositions générales	1141	350
§ 2. Nature des titres	1145	351
§ 3. Amortissement des titres	1152	354
§ 4. Inscription des titres	1153	355
§ 5. Effets des titres. Etablissements d'émission . . .	1156	355
Section IV. Lettres de gage	1164	357
CHAPITRE XIV. — Droit de rétention en matière immobilière	1171	359
CHAPITRE FINAL. — Conclusion	1221	369
 Table alphabétique des matières	—	385
Table des textes cités	—	396
 I. TEXTES GÉNÉRAUX	—	397
A. Suisse	—	397
1 ^o Code civil suisse	—	397
2 ^o Titre final du Code civil suisse	—	400
3 ^o Code suisse des obligations	—	400
4 ^o Ancien code suisse des obligations	—	401
5 ^o Loi sur les poursuites et faillites, du 11 avril 1889 . .	—	401
6 ^o Ordonnance fédérale sur le Registre foncier, du 23 février 1910	—	402

	N ^{os}	Pages
B. <i>France</i>	—	402
1 ^o Code civil français	—	402
2 ^o Code de Procédure civile	—	404
3 ^o Code de commerce	—	404
4 ^o Code d'instruction criminelle	—	404
5 ^o Code pénal	—	404
C. <i>Allemagne</i>	—	404
1 ^o Code civil allemand	—	404
2 ^o Loi introductive du Code civil allemand	—	406
3 ^o Loi allemande sur les livres fonciers, du 24 mars 1897, modifiée le 14 juillet 1905	—	406
4 ^o Loi allemande sur l'exécution forcée	—	406
5 ^o Code de commerce allemand de 1861	—	406
6 ^o Code de commerce allemand de 1897	—	406
II. TEXTES SPÉCIAUX	—	407
1 ^o Droit romain	—	407
2 ^o Droit canonique	—	408
3 ^o France et colonies (Tunisie)	—	408
4 ^o Suisse; Confédération	—	410
5 ^o Suisse; Cantons <i>a</i>) anciens codes cantonaux	—	411
<i>b</i>) lois cantonales	—	412
6 ^o Angleterre et pays britanniques (Australie, Nouvelle Zélande, etc)	—	412
7 ^o Allemagne; Empire	—	412
8 ^o Allemagne; Etats de l'Empire	—	413
9 ^o Pays divers	—	413

Visé :

Lyon, le 2 novembre 1916,
LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,
L. JOSSERAND

Visé :

Lyon, le 2 novembre 1916,
LE DOYEN,
L. JOSSERAND

Permis d'imprimer :

Lyon, le 3 novembre 1916,
LE RECTEUR DE L'ACADÉMIE,
P. JOUBIN

